(1

# IL
# DIRITTO IPOTECARIO

VIGENTE

## NEL REGNO LOMBARDO-VENETO

TRATTATO

IN RELAZIONE ALL'UNIVERSALE GIURISPRUDENZA

DA

ALESSANDRO CARABELLI

DOTTORE IN LEGGE



VOLUME PRIMO

MILANO - 1856

**Dalla Tipografia Civelli Giuseppe e C.**

e presso la Libreria Bolchesi Domenico

# INTRODUZIONE

*Spes est una in inductione vera.*
Bacon. Nov. Organ. I. 14.

**I.** Per la grand'opera della codificazione era sembrato che il genio della civiltà moderna posasse sul limitare del nostro secolo, quasi avesse profferita la parola ultima delle scienze giuridiche. Ma fu questa, come tant'altre, una breve illusione: chè non valse la contentezza degli ammiratori, nè l'ostinazione de' retrivi, o l'inerzia connaturale ai civili organismi: anzi la codificazione stessa sarebbe divenuta occasione e stimolo di ulteriori rinnovamenti. Posciachè, distrutta l'autorità del Diritto romano, per tanti secoli ricevuto in Europa come ragion scritta, immutabile, quasi palladio della civiltà, dinnanzi a cui doveano ammutolire, non che la scienza, le sovranità stesse, questa enorme caduta trasse nelle sue rovine l'antica e non meno venerata scolastica, e con essa il principio della cieca obbedienza alla tradizione; indi scattò da tutte parti il libero esame: principi e popoli rivendicarono il potere legislativo: ogni paese ebbe la sua distinta ragion civile: una varietà di leggi, di sistemi, d'instituzioni ne nacque, da degradare la confusione degli antichi statuti; quindi le menti pervagarono, tra lo sfacelo delle opinioni e l'aperta riazione al passato, ansiose d'un principio sovrano deduttivo. Conciosiachè lo spirito umano non regga lunga pezza alla contraddizione obbiettiva de' suoi veri: un'alta necessità lo incalzi a coordinare i presentimenti dell'utile alla forma generale del giusto, alla stabilità dalla scienza, all'universale assentimento della ragione.

Però nè più vivace, nè più operoso si riscontra questo fermento riformatore in verun'altra parte della legislazione civile, che nell'instituzione regolatrice delle ipoteche; la quale, dal silenzio di tanti secoli improvvisamente sorta, meritò che con lodevole gara i legislatori vi si ponessero dattorno. Invece che le altre parti della giuridica, massime quelle che riguardano il diritto pubblico, giacciono pressochè intatte; comunque la scienza non risparmii sopra di esse l'acume della critica

e gli stimoli di radicali emende. Questa distinta predilezione ci avvisa forse contenersi in questa instituzione il massimo degli interessi civili? Io nol credo; perciocchè la vita civile risulta da un complesso di leggi e di funzioni economiche e morali, le quali rispetto alla funzione economica, che è rappresentata dall'ipoteca, sono di assai maggiore momento; e la giuridica, riguardata come la sistemazione delle discordi attività degli individui in un compatto organismo civile, ha un orizzonte senza limite, ha radici profonde ne' più riposti problemi del pensiero, sommuove interessi vitali dell'umanità, e richiede le laboriose conquiste dell'incivilimento. Però, per riguardo a queste funzioni, quanto più è grande il lavoro, tanto è più lento: nel mentre che è assai più spedito e veloce dove più circoscritto è il problema e minori ostacoli incontra nelle menti pregiudicate, e maggiori determinazioni lo affrettano collo stimolo pressante del bisogno.

In queste condizioni si trova il problema ipotecario: perciocchè ha il limitato assunto di vestire d'una forma giuridica una particolare funzione economica della proprietà fondiaria, qual è quella di farla partecipe dell'utilità del credito, e per essa sollecitare il corso de'capitali, e colla loro virtù fecondatrice ristorare l'agricoltura, le industrie, i commercii.

L'accresciuta attività economica de' tempi nostri, e lo sviluppo delle discipline che la riguardano, hanno messo in evidenza quanto importi promuovere la libertà delle leggi naturali, quanto importi agevolare la circolazione de' valori nell' interesse della produzione, e la sistemazione del credito come veicolo morale della circolazione stessa. Quindi alla Giuridica raccomandano questa sistemazione, sia del credito personale, che del reale; quindi all'instituzione ipotecaria sollecitano radicali riforme; quindi avviene che si ritocchino le antiche e le nuove leggi, le tenaci tradizioni si pospongano, la varietà delle idee e degli statuti si raddrizzi ad una dottrina omogenea, e si adotti da molti popoli una identica instituzione, che tende A DARE AL VALORE DELLA PROPRIETÀ' FONDIARIA UN PROPORZIONATO POTERE DI CIRCOLAZIONE PER VIA DEL CREDITO; QUINDI AD ATTRIBUIRE AL CAPITALE TRASFORMATO IN CREDITO FONDIARIO LA SICUREZZA DELLA PROPRIETÀ' STESSA, SENZA CHE PERDA LA SUA VIRTU' DI CAPITALE CIRCOLANTE.

**II.** Questo teorema economico non fu però sempre assunto dalla giuridica come problema fondamentale delle sue ricerche; nè tutti i legislatori si proposero di tradurre la sua formula ne'diversi sistemi che ordirono. E il Codice Civile Austriaco, il cui sistema tavolare esattamente vi corrisponde, nelle provincie Lombardo-Venete vige solamente quale legge scritta, e non anche allo stato d'instituzione: perciocchè fu conservata l'instituzione ipotecaria del cessato regno d'Italia, e le disposizioni organiche del Codice Civile francese, salva una maggiore finitezza di forme. Per ciò due diverse legislazioni vengono qui a combacio, s'intrecciano, si combinano con un'infinità di modificazioni storiche e logiche, le quali sfuggono sovente

volte al tatto del giureconsulto: sprovveduto essendo costui in questo riguardo del criterio ordinario circa l'espressa o tacita abrogazione; perchè qui non ha luogo la pretazione delle nuove sulle antiche leggi. Quindi accade che una grande esitazione lo conturba tra i principii più generali e fecondi della legge germanica, e le particolari prescrizioni della francese; di maniera che da queste non può salire a quelli in ogni più riposta parte di questo diritto, senza una difficile, imbarazzante e pericolosa deduzione; per il che gli è necessario conoscere e approfondire ciascuna di esse, rilevarne la fisonomia individuale, il carattere locale, le rispettive giurisprudenze e insieme la genesi d'ambedue da tempi remoti, risalendo al principio comune d'ogni moderna legislazione, voglio dire al Diritto romano.

Nè tutti i diritti, che si sommettono al patronato del giureconsulto, nacquero sotto il dominio dell'odierna legislazione; ma una cospicua porzione di essi prese la forma giuridica in tempi remoti, con legislazioni diverse, quali sono la romana, la statutaria, la francese, e le successive ognora più trasformate leggi austriache: importa dunque conoscere tutto questo periodo di transizione.

E nemmeno si circoscrive l'uffizio quotidiano del giureconsulto nel breve confine della sua provincia, come ivi non s'arresta l'attività economica, che ha sorpassato oramai tutte le barriere nazionali; nè le legislazioni delle provincie vicine si trovano tutte allo stesso sviluppo, ma sopra diverse vie convergono in gradi più o meno prossimi, alla grande unificazione dei sistemi ipotecarj: giova quindi sorprendere nella legislazione comparata la varietà e il movimento tal quale s'affaccia all'attualità del giorno.

Ma questa varietà e questo movimento può arrecare piuttosto confusione, che un'utilità razionale, ove lo studio derivativo e comparativo non sia ajutato e usufruito da un superiore criterio, che lo coordini e spieghi, come questa pronunciatissima tendenza all'unificazione segni un vero progresso, che si corona nella instituzione pratica e compiuta della formula suprema dell'ipoteca. Senza di che, aggiungasi, ciascuno de' sistemi proposti alla deduzione pratica saria pur spoglio d'ogni autorità razionale: che la ragione non serve ai contrarii sistemi; solo li legittima in quanto è destino delle cose umane, che il bene sia progressivo.

Ma questa formula scientifica, questo desiderio di unificatrici riforme, non ha ancora forse ottenuto l'universale consenso; o se ottenuto l'avesse malgrado le ostinate abitudini e i pregiudizii dell'educazione, rimane tuttavia nell'imaginazione un certo qual terrore delle innovazioni, per gli ostacoli che possono incontrare nella pratica applicazione. Eppure queste nebbie non possono resistere alla eloquenza dei fatti. Chi pur guarda una sol volta oltremonti, vede che gli utili esempii di arditissima applicazione non mancano, e che il da farsi non è novità, ma

imitazione. Col buon volere, il nostro secolo vide che non pur le imitatrici, ma le arditissime opere riescirono avventurose. Valga adunque l'osservazione de'sistemi ipotecarj più perfetti di altre più fortunate provincie a confermare nell'opinione pubblica questo desiderio del meglio, a determinar il Legislator nostro alle necessarie ed utili riforme, e ad avvalorare la parola dell'oscuro giureconsulto che le va sollecitando.

A questo fine cerchiamo per entro le tradizioni della civiltà moderna come questo problema economico meritasse l'attenzione de'legislatori, e come il processo naturale dell'induzione legislativa cospiri ad ottenerla, od abbia ottenuto una soddisfacente sistemazione civile.

**III.** Roma repubblicana avea fecondato quasi tutto il Diritto civile, e l'ipoteca non era ancor nata; avvegnachè le mancasse quella determinazione economica, cui l'ipoteca corrisponde come forma giuridica. Avea quel popolo raggiunto il fastigio della sua grandezza, senza essere uscito dalla semplicità de'costumi agricoli. Disprezzate le arti, reputato opera servile il commercio, la somma delle cose e la proprietà terriera ridotta al dominio de'patrizii, gelosi conservatori del potere, quindi austeri e sobrii, punita l'usura più che il furto (1), non era possibile che il credito e il capitale, quale oggidì si considera, come potenza produttrice, avesse alcuna importanza; che se pure abbisognava nell'economia privata e nel lusso, alimentavasi piuttosto nella politica considerazione e nella fede personale de'ricchi proprietarj, che non richiedesse un artificiale garanzia. Ma l'antica austerità de'costumi col tempo rilassavasi; all'ordine senatorio crebbe di fronte e sulle opime spoglie dell'Oriente arricchì e trionfò l'ordine equestre (2): indi la ricchezza spendereccia vinse la terriera, la prodigalità e il lusso, più che l'eloquenza e l'antica virtù, furono allettamenti al popolare suffragio: l'agro de'patrizii veniva disertato dai liberi coloni, agitatori dei corrotti comizii: la produzione agricola e le rendite dell'antico ordine illanguidivano: la proprietà fissa perdeva l'autorità politica: indi un'inesausta sete di danaro all'agricoltura e all'ambizione: il capitale efficace mezzo d'azione: il credito, via di transizione dall'antico al novello potere: la proprietà terriera tenace dell'an-

(1) Come si legge presso Catone il maggiore: *Majores enim nostri hoc sic habuerunt, et ita in legibus posuerunt: furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli. Quanto pejorem civem existimarint fœneratorem, quam furem, hinc licet existimare. Et virum bonum quum laudabant, ita laudabant: bonum agricolam, bonumque colonum. Amplissime laudari existimabatur, qui ita laudabatur. Mercatorem autem strenuum studiosumque rei quærendæ existimo: verum periculosum et calamitosum. At ex agricolis et viri fortissimi, et milites strenuissimi gignuntur.* G. B. Say, Cours compléte d'Economie polit. par. IX, pag. 562.

(2) Cajo Gracco nel secondo tribunato fe' partecipe l'ordine equestre dell'amministrazione della giustizia, (An. 133-123 avanti Cristo): Dion. Gottofredo, Cronologia del Dir. Rom. Michelet, Storia Romana, vol. 2, pag. 117, 130. Spodestato questo ordine da Silla, fu restituito da Pompeo l'anno 71 avanti Cristo: Michelet, vol. 2, pag. 196, 200.

tico lustro pur mobilizzavasi: una forma giuridica di questa mobilizzazione abbisognava: e l'ipoteca, allora soltanto efficacemente determinata, nasceva.

Però giace oscurissima la sua origine: nè forse con ragione potressimo assegnarle l'anno e l'autore, se la sepolta antichità ci arrecasse tutti i possibili documenti: essendochè ci sembra che ella fosse nata per una lenta transizione di atti pratici inavvertiti agli stessi contemporanei; i quali solamente, a un certo periodo di sviluppo, sorpresi dalla novità del prodotto, gli avrebbono imposto un nome distinto.

Perchè l'ipoteca fosse stata di improvvisa imaginazione, o di greca importazione, come suona il nome, resterebbe ancora a spiegare come la si sia potuta introdurre e accreditare nella pratica; perciocchè ella nella forma in cui fu ricevuta, come costituita col solo consenso, era in aperta contraddizione cogli elementari principii della legislazione vigente: la quale non tollerava diritto reale alcuno, ove non fosse accompagnato dalle solennità, o della *mancipatio*, o dell'*in jure cessio*, e quindi dalla materiale tradizione, dall'uso e dall'effettivo possedimento (1). Era bene in perfetta corrispondenza a questi principii che era invalso per antichissimo uso il contratto di *pegno*, quando cioè la cosa del debitore passava nelle mani e in possesso del creditore, colla facoltà di venderla, se altrimenti non gli era pagato il debito; chè allora la detenzione e il possesso erano forma sufficiente della realità del suo diritto. E questo contratto non ebbe pena ad intromettersi nella legislazione, quantunque nelle tavole decemvirali non se ne fosse fatta parola. Ed a ragione: perchè per sè stesso era diritto reale, efficace contro chiunque: contro il debitore o il proprietario che lo costituì, perchè il creditore opponea all'azione vendicatoria l'eccezione del patto, *nisi sua die pecunia soluta non fuerit;* contro i terzi, perchè nessuno poteva dirsi proprietario se acquistata avesse la cosa dal costituente senza la effettiva tradizione. E siccome è pur di diritto naturale primitivo che la tradizione e il possesso sia necessario alla realità del dominio, e che i patti debbano aver forza obbligatoria tra i patteggianti (2), così il contratto di pegno fu benissimo qualificato da Marco Aurelio come di diritto delle genti (3), come un legittimo prodotto d'ambedue quelle facoltà giuridiche.

Ci avea un'altro mezzo assai usitato per la cauzione dei crediti, e di-

(1) Vedasi di ciò nel § XIII, n. 7 e Segg. di questo nostro trattato. Alcuni scrittori, specialmente de' moderni francesi, credono a questa importazione greca: ma non si prendono cura di mostrare il fatto e il modo della sua inserzione nella legislazione romana. Tali sono Grenier, trattato delle ipoteche, discorso preliminare, pag. 4 e 6. Troplong, des priviléges et hyp. num. 556.

(2) Ed era scritto nelle XII tavole: *rem uti pagunt orato, ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito:* Cicero ad Herennium, lib. 2, cap. 14. Noodt, ad edict. prætor. cap. 1, de pactis et transact. E nell'albo Pretorio leggevasi. *pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges . . . . . . . facta erunt, servabo:* Ulpian. in leg. 7, § 7, Dig. de pactis.

(3) Nella legge 15 Dig. de interdict. et relegatis, secondo l'edizione di Dion. Gottofredo.

cosi *fiducia*; la quale consisteva in una vendita d'una cosa propria fatta dal debitore al creditore col patto della ricupera entro un dato tempo (1). Cicerone ne fa spesso menzione, non dissimulando come fosse stromento di usuraj: *Pecuniam adolescentulo*, esclama nell' orazione pro Flacco, *grandi fœnore occuparisti: hanc fiduciam commissam tibi tenes hodie ac possides* (2). Imperciocchè facile era al creditore di costringere il debitore a farsi vendere una cosa di gran prezzo per piccola somma ed a breve scadenza, alla quale sapesse insolvibile il debitore. Però ai tempi di Paolo G. C. sembra che cadesse in disuso, o fosse temperata dal Pretore entro i limiti dell'equità, o ridotta alla natura del pegno ordinario; poichè abbiamo nè frammenti che di lui ci rimangono: *debitor distractis fiduciis a creditore, de superfluo adversus eum habet actionem. Quicquid per fiduciarium servum quæsivit, sortem debiti minuit* (3). E confusa col pegno, fu rammentata molti secoli dopo, così come nome del genere (4).

Ma nè il pegno nè la fiducia s'accomodavano all' istinto tenace della proprietà fondiaria, ed erano soverchiamente gravosi, quando il debito fosse stato minore del valor del fondo dato a cauzione. L'amor del suolo in un popolo eminentemente agricola è uno de'più forti e nobili sentimenti, cui non si rinuncia che per gravi dissesti morali od economici. Nè le grandi famiglie per sostenere il lusso avrieno voluto mostrare in palese lo scialaquo del patrimonio col privarsene dei possessi e colle pubbliche vendite: desideravano meglio far debiti, imbarazzare l'effettivo patrimonio, ma sembrar venerabili al volgo cogli aviti tenimenti. Abbisognava adunque procurare il vantaggio del credito e la sua sicurezza, colla conservazione della proprietà stessa e del suo materiale godimento. Questa è l' eminente utilità sociale dell'ipoteca. Veggasi dunque come si sia introdotta grado a grado.

Era usitatissimo in Roma che i pigionanti concedessero al locatore il pegno della mobiglia importata nella casa abitata. Questo pegno differiva dal vero, in quanto che la mobiglia non era consegnata al locatore ma adoperata dal pigionante: pure si approssimava al vero pegno, perchè in certo modo la deteneva nella casa appigionata, e quindi, per un certo senso, in potere di lui; il quale se non era pagato delle mercedi,

(1) Boezio, in Topicis Ciceronis, la definisce: *pignus quod creditori mancipatur aut in jure ceditur: atque ita dominium in creditorem transfertur, sed hac lege ac pactione, ut ad diem soluta pecunia remancipetur debitor.* E Isidoro, nel libro 5, delle Origini, cap. 25: *fiducia est, cum res aliqua, sumendæ pecuniæ gratia, vel mancipatur, vel in jure ceditur.*

(2) Così anche nei suoi Officj, lib. 3, cap. 12, ove di Quinto Scevola scrisse: *fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis mandatis* etc.

(3) Dion. Gottofred. Corpus Juris. vol. 2. Pauli Sentent. lib. 2, tit. 13.

(4) Savigny, Stor. del Dir. Rom. nel Medio Evo, cap. 12, § 63. Noodt, Observat. lib. 2, cap. 7, Ambrogio in Tobia, cap. 12. Marini, Papiri diplom. n. 115 e 121.

entrava nell'abilazione e facea descrivere da pubblici officiali quanto trovavasi (1): indi procedeva alla vendita.

Un certo Servio pretore, non si sà in qual tempo, nè chi si fosse precisamente (2), erogò la consuetudine in legge, concedendo a tutti i locatori urbani indistintamente il pegno sulle masserizie degli inquilini: *tandem inveterata consuetudo jus fecit, ut omissa conventio pro interposita haberetur*, disse il giudizioso Otomanno (3). Venne quindi ad attribuirgli l'azione da lui detta Serviana, efficace anche contro i terzi per questa ragione, che nessuno potea impadronirsene finchè stessero in suo potere nella casa locata, quindi soggette al pegno (4).

Per la stessa ragione un'altro pretore denominato *Salvio* concedette l'interdetto Salviano al locatore de'fondi rustici sui frutti raccolti da' coloni, per l'indennizzazione delle mercedi locatizie: il che pur supponea erogata in legge la consuetudine di sottoporre a pegno i frutti de'fondi locati: o più esattamente supponea di diritto la riserva del dominio dei frutti in pro del locatore non soddisfatto delle mercedi di fitto.

Dall'azione Serviana all'ipoteca fu breve il tragitto; e fu trovata l'azione *quasi Serviana* per tutte le convenzioni di pegno, e persecutoria su qualunque cosa anche immobile obbligata per qualsivoglia credito (5). Enorme innovazione: perciocchè la convenzione del pegno del locatore ossia la facoltà del vendere attribuitagli sulla masserizie dell'inquilino si potea dire reale, perchè la masserizie trovavasi nella casa del locatore; ma delle altre cose possedute dal debitore non ci aveva occasione per dire che il creditore ne avesse alcun possesso: quindi mancava ogni ragione

(1) Leg. 56, Dig. locati. Grenier, hypotheq. discours prelim. pag. 6, e Troplong. de priv. et hyp. n. 557, s'argomentarono che a Roma si costumasse una certa qual pubblicità ipoteraria, come si dice che si facesse appo i Greci. E s'ingannano, perchè le leggi addotte si riferiscono al caso dell'esecuzione e non della costituzione dell'ipoteca. Vedi il nostro § LV. Cita Troplong la leg. 20 Dig. *de injuriis*, ma è troppo vaga per esser concludente; e la cosa da provarsi è di troppa importanza, per accettarsi senza evidenti ragioni.

(2) Furono discordi gli interpreti sul voler sapere se questo Servio fosse Servio Sulpicio contemporaneo di Cicerone, od alcun'altro anteriore o posteriore. Sta per la prima opinione Einecclo: *Antiquitat. Rom.* lib. 4, tit. 6, § 29. Stanno per la negativa: Pothier, pand. riord. de pignor. n. 28 in notis; Hotoman, in Dig. *de pignorib.* Noi non crediamo provata nè l'una nè l'altra congettura.

(3) Hotoman. in Dig. *in quib. caus. pign. tacite contrah.*

(4) Di questo pegno è parola nella leg. 4. Dig. de pactis, che è di Paolo: e nella leg. 3. e leg. 4. Dig. in quibus causis pignus tacite contrahitur: ove si legge: *eo jure utimur ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis prædiis contra observatur.* E questo documento è di Nerazio G. C. a' tempi di Trajano (an. 99-117 Era volgare). Nelle Instituzioni al contrario si dice che la novità di Servio concernesse gli affitti de' coloni. §. 7. *Instit. de action.* Noi preferiamo senza esitazione Nerazio a Teofilo, come più antico di quattro secoli. Quindi non adottiamo l'opinione degli institutisti: Doneau, *de pignoribus cap.* 9. Voet. *in pand, qui potiores in pign.* n. 1. Pothier, *pand. riordin. de pignorib.* n. 28. Ortolan. *Institut. lib.* 4. *tit.* 6. n. *VII. pag.* 340. Noodt *observat. lib. II. cap. VIII.*

(5) *Institut. de actionibus.* § 7. Leg. 1 § 2. *Dig. de pignorib. et hyp.* Leg. 1. *Dig. quibus modis pignus solvitur.* Leg 1. *Cod de precario et Salvian.interd.*

per attribuirgli un diritto reale persecutorio contro i terzi, e in virtù del solo consenso.

Per indurre cotanta novità bisognava che la riflessione scientifica tacesse, che l' ingegno eminentemente pratico de' giureconsulti d' allora la isensasse colla prepotenza dell' interesse economico: come abbiamo in esempio quella risposta di Celso (1): *si nondum dies pensionis venit,... puto dandam pignoris persecutionem*, QUIA INTEREST MEA (2); il che contraslava a quel principio che il pegno non è realizzabile se non alla scadenza del debito (3). E questo interesse pratico dovecsi far sentire altamente, come dicemmo, nel tempo della conquista dell' Asia e dell' inalzamento del ricco ordine equestre: e quindi l'asserzione nuda e semplice di quell' interesse economico non avria potuto accreditarsi nella pratica in onta ai principii ricevuti, se non lentamente e inavvertitamente. Polchè noi non vediamo fatta parola d' ipoteca che sulla fine del secondo secolo dell' era moderna; e se Labeone a'tempi d'Augusto v'allude, non la chiama con tal nome, ma semplicemente l' accenna per la facoltà del vendere: *si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est; deinde a debitore tuo restituta, idem in nova insula juris habes* (4). E fin' anco Ulpiano confonde spesso il pegno coll' ipoteca, dicendo senz' altro: *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est* (5). Ipoteca fu chiamata solo circa ai tempi di Gajo, autore d'un libello sulla formula ipotecaria (6); e d'allora s' era smarrito per la insistente consuetudine il contrasto de' principii generatori d' ogni diritto reale.

Nel periodo de' primi due secoli dell'era volgare, che noi assegniamo ad origine dell' ipoteca, la giurisprudenza romana era ben lontana da quello splendore che avea raggiunto con Gajo e Papiniano. E se pure nel secolo d' Augusto la Giurisprudenza da stromento politico si ritrasse a costituire le scuole de'Sabiniani e Proculejani; questa nuova consuetudine era di troppo leggiera importanza perchè se ne occupassero nel fervore del crescente diritto civile; nè frequentissimo potea esserne l'uso, come dopo Papiniano; perchè solo più tardi veggiamo essersi sistemata nelle patrie leggi (7).

**IV.** Deposta nell'albo pretorio quest'asserzione economica, crebbe a largo sviluppo nella giurisprudenza sempre più ampliata da Labeone a Mo-

(1) Che visse circa nell' anno 132 dell' era volgare: vedi Gottofredo, Cronologia.

(2) Riportato da Ulpiano nella legg. 14. Dig. de pignorib. et hyp.

(3) Vedi il nostro § LV. del secondo vol.

(4) Leg. 35. *Dig. de pignor. et hypoth.*

(5) Leg. 1. *Dig. de pignorat. actione.*

(6) An. 161-180. Era volgare.

(7) E neanche l'azione Serviana poteva essere di origine tanto remota: perchè essa non potea far pratica costante se non dopo che colla legge Cornelia fu perpetuata l' osservanza degli editti pretorii. Questa legge fu registrata sotto l' anno 68 av. Cristo: e 686 di Roma. Institut. *de perpetuis et temporal. action. in principio.* Dock. *de usu et auctor. jur. civ. Rom.* lib. 1. cap. 3. num. 5. Dion. Gottofredo, *Chronol.* an. 686.

destino. Quest'epoca è segnalata all'attenzione de' moderni filosofi per l'elevata e pienissima deduzione dall'antico diritto civile, fecondato dallo spirito imperiale a più profonda equità, ove non saprei dire qual fosse maggiore, o la dignità de'principii, o la felicità ed esattezza de'concetti, la sicurezza dell' applicazione sospinta a lontanissima propagine, o l' inarrivabile prestezza ed eleganza dello stile: frutto maturo dello splendido secolo d'Augusto, in cui l'arte e la filosofia dalle greche scuole trapiantate rifulsero vieppiù per la grandezza di quella Roma che adornavano; mirabile connubio de'due massimi fattori d'ogni civiltà, lo splendore delle attiche grazie e l'eroica ambizione romana: donde un più meraviglioso parto in quel nuovo corpo di leggi, che sopravissuto alla feudale barbarie, perpetuò nelle cittadinanze del medio evo una dottrina di civile prudenza, che è pure non affatto esplorata ed esausta nelle moderne nazioni. Tolgasi questo felice congiungimento, e non sapressimo come de'fasti di Roma avrebbe potuto arricchirsi la trama provvidenziale dell'odierna coltura. Invano il patriziato avria agognato al dominio del mondo, e la pertinacia de' tribuni con inutili sforzi avria voluto sollevare la plebe alla civile eguaglianza, se le vittorie di Flaminio non avessero tratto su Roma la luce intellettuale di Grecia, illuminata la cupa agitazione del foro coll'adorna eloquenza, perpetuate le conquiste legali del cittadino nelle carte dei giureconsulti, e suscitato il di loro genio coll' acutezza delle filosofiche esercitazioni, onde costringere le repugnanze de' particolari aforismi dell'arte del buono e dell'equo, a forma compatta di scienza: dove l'elemento giuridico predominasse nella sua originale energia, le condizioni storiche si conservassero colla naturale distinzione e continuità dello sviluppo: in guisa però che la subiettività del sistema e l'esclusività della scuola non offendesse la storia: ma la filosofia vi si adagiasse prudentemente, come fedele e sagace ordinatrice. Senza di questa i documenti della storia sariano andati perduti nel polverio della pratica forese, la repubblica si saria smarrita nel silenzio dell'impero, e la maestà di questo abbattuta per sempre sotto il piede dei barbari. Le vegnenti generazioni avrieno dovuto, nella protratta oscurità della seconda barbarie, rifare da capo il faticoso cammino dell'incivilimento.

Però la filosofia ordinatrice e l'attività giuridico-morale sono insieme necessarie all'educazione dell'uman genere; la giuridica libertà senza la coltura giace vittima invendicata della fortuna; la filosofia senza di quella perde la base, la determinazione e la meta di sue fatiche, e per inutili divagamenti travia. L'elemento giuridico di Roma imperiale fu pur vigoroso finchè l'opera unificatrice della conquista non ebbe prostrati gli spiriti generosi onde sorgeva. Finchè la libertà popolare si sostenne, la filosofia potè ammantarle le grandi e vivaci membra: quando la libertà fu cadavere, divenne lenzuolo. Fenomeno questo che nell'incivilimento e nell'educazione privata rappresenta quell'unità fondamentale dello spirito umano, che alla morale dignità non può pervenire se non coll'armonica cospirazione di tutte le sue forze.

La Giurisprudenza del primo periodo imperiale fu meritevole certo di molta lode, e benemerita assai della moderna coltura. Però ella riesci piuttosto deduttrice e coordinatrice de'veri giuridici scoverti sul declinar della repubblica, anzichè creatrice di nuovi veri e per sua propria virtù promotrice di più perfetto ordinamento civile. I fatti sono eloquenti e la storia a piene mani mi soccorre: capacitarmi affatto non posso che fecondatrice fosse una filosofia e provvidente quella legislazione che resse un imperio travolto a subita corruzione. Avvegnachè io creda che la legislazione non meriti i sommi onori, ove non sia promotrice e garante dell'incivilimento: che ove questo anzichè ottenersi e promuoversi va perduto, e la società si decompone e immiserisce, non solo ciò si debba imputare al difetto della legislazione, ma questo stesso difetto si spieghi, mostrandone la fatalità nelle condizioni generali che partoriscono la civile decadenza.

La legislazione è figlia della scienza: la scienza è progressiva e proporzionata a ciò che si dice incivilimento: ella realizza nella legge i presentimenti dell'utile e del giusto: li coordina e dispone a forme sempre più universali e costanti. Realizza i presentimenti dell'utile, in quanto segue lo sviluppo economico della nazione. Una nazione che immiserisce non può fare in ciò progressiva la scienza. Realizza i presentimenti del giusto: ma la giustizia non arride agli umani colla luce assoluta del vero, ma solo parla al sentimento, come innato ideale che li sospinge al vero e al bene civile. Ella suppone un'attività giuridica e uno sviluppo morale sempre maggiore: suppone che le contraddizioni sieno messe in rilievo dalla risentita coscienza morale de'liberi cittadini: per elevarli gradatamente alla dignità razionale collettiva. Ma la realizzazione del giusto non può essere progressiva, ove, o la tirannide del potere o la corruzione de'soggetti, opprime e contunde ogni generoso spirito: quindi l'anarchia e la dissoluzione inevitabile, se le nuove contraddizioni non s'appianano con nuove instituzioni.

Un grave errore che impedì il più libero andamento delle giuridiche discipline, è quello di credere perfetta una legislazione, la quale s'accontenti d' un sistema di veri e di precetti astratti che più s'avvicini alla ideologia della morale, piuttostochè di porre una non mai soverchia attenzione alle instituzioni, che sono gli organi intermedii tra la luce del vero e la sua pratica effettuazione. Troppo spesso i sistemi giuridici si considerano, anche da uomini versatissimi, piuttosto dal lato intellettuale puro, che non nella efficienza istorica, ne' modi della loro pratica realizzazione. Ma gli è pur evidente che la scienza del giusto può avere il fascino d'una religione, ma non la vera efficienza logica ed imperativa, senza provvedere alla moderazione de'contrarii interessi, mediante organi direttivi de'medesimi. Due interessi contrarii, nella loro essenza sono e saranno sempre contrarii: l'unica combinazione possibile consiste nel modo della loro efficienza: questo modo, od organo, o instituzione

dev' essere assicurato, perchè i voti del legislatore riescano. E siccome tutta la scienza del giusto riguarda la quotidiana guerra de' privati interessi: così la sua efficienza civile consiste essenzialmente nel trovamento e nella instituzione di questi organi direttivi. Trovato un sistema generale d' instituzioni che regolino tutte le possibili attività de'cittadini, la dissoluzione civile è impossibile: poichè sviluppandosi all' indefinito e l'attività de' cittadini e il genio organizzatore della legislazione, si ha e la materia e il garante dell'effettivo e imperituro incivilimento: la vita normale della nazione è assicurata.

Quindi ripeto: che la giuridica imperiale non può essere stata giovevole, e quindi sopra ogni cosa commendevole, se non ha per nulla impedita la subita caduta dell'impero. Nè la morte onde fu Roma vedovata, si vorrà attribuire all'impeto di forze maggiori: perchè non ebbe rivali che nel proprio seno: ma la natura stessa delle cose umane transitorie e fugaci, la grandezza medesima della conquista, le cagionarono una debolezza di costruzione, i di cui sintomi s'erano gia manifestati nel vigore della repubblica.

Finchè essa stette racchiusa nel nativo pomerio, la sua compage civile e politica era fortemente collegata nell'autorita de'patrizii, colle instituzioni del Senato e de' Tribuni; il Pretore urbano potea sopravedere coll'equità civile all'agitazione del foro. Il Diritto civile formossi tutto nei comizii, e fu una serie di transazioni del patriziato colla plebe: transazioni che colla prudenza de'patrizii e la virtù della plebe indirizzavano e componeano il popolo in sì felici condizioni, che nessun altro lo emulasse presso i posteri. Le conquiste delle provincie italiche, povere e valorose, esercitavano piuttosto il valore che la cupidigia. Pure furono scala alla conquista di Cartagine e dell'Oriente: donde le sùbite fortune corruttrici. Interessi colossali rappresentati da eserciti interi agitavansi nelle remote provincie: l'ordine equestre si rovesciò sul senatorio, questo su quello; indi la guerra sociale. I destini della repubblica, agitati lungi dal foro, sovra esso pesarono di ritorno, all'eguaglianza civile succedendo la protervia soldatesca, alla legalità il sopruso, alla sovranità del popolo la fortuna delle armi, indi Cesare a Roma.

Gli antichi ordini non bastarono più alla costanza del governo: distrutto l'anteriore equilibrio, l'eruzione politica di Roma non potea più rincacciarsi nelle antiche mura: abbisognava coll'Impero una nuova opera di unificazione. In natura tutto procede per insensibili gradi: la famiglia, la città e il popolo, successivi organi dell'associazione umana, non si costituiscono che in periodi di tempo sempre più lunghi e proporzionati alla loro grandezza: perchè la dominante colle dominate nazioni facesse una omogenea società, ben molti secoli richiedevansi. Uomini di straordinaria virtù la tentarono: ma l' unificazione imperiale togliendo l'anarchia delle fazioni, degenerò in assoluta tirannide: spense ogni generoso spirito: la vita giuridica ed economica travagliò e langui d' insanabile torpore: la

gelosia de'patrizii verso la plebe avea già snervato il popolo sostituendo nell'agro romano lo schiavo, frutto della conquista, al colono conquistatore: indi l'agricoltura scaduta: la grandezza del nome romano dal cuore del popolo discesa nelle pompe: indi Italia derelitta: indi il rapido incalzare de'barbari e il silenzio sepolcrale della storia.

Il secreto e la debolezza dell'opera imperiale stava tutta nel Pretorio. Perpetuata ivi la insolenza delle guardie imperiali, perpetuato l'editto, ed isvolto con grandi dimensioni: credettesi sufficiente all'eterna salute dell'impero. Ma la spada e la legge non bastavano, perchè l'una distruggesse, l'altra non ristorasse.

Grande fu l'opera de'giureconsulti addetti alla scuola di Papiniano. Al privilegio dell'urbe si sostituì la legge dell'orbe romano, al diritto civile il diritto umano. Le idee giuridiche assunsero forma di scienza, ma si distaccarono dall'attualità vivente. Roma dopo aver compresso il mondo col suo valore, dischiuse e diffuse la sua sapienza: ma fu una perifrasi del suo diritto civile, la forma della sua città, non il vero diritto civile coordinatore de' veri parziali alla formula più ricca dell' impero. Mano mano che languiva nell'inerte gigante la vita giuridica ed economica, la legislazione pervagò sempre più negli astratti. I destini di Roma erano spossati: il ciclo civilizzatore compiuto coll' avvenimento de'Cesari: indi fu interotto quel lavoro provvidenziale giuridico, su cui la riflessione scientifica valse bensì ad investire d'un vivissimo splendore, ma non a far retrocedere il tramonto.

**V.** I Giureconsulti imperiali ricevettero l'Ipoteca dal Diritto onorario, come una prima determinazione economica, che rappresentava una nuova legge organica di quel cresciuto corpo civile: ossia la nuova corrente economica dalla ricchezza mobile alla terriera, e da questa a quella. Essi ne svolsero la nozione, fino alle ultime diramazioni pratiche, e con savia circospezione coordinarono ad essa tutto il restante Diritto civile. Come nozione la spiegarono ne'tre suoi elementi costitutivi, l'obbligazione principale, la proprietà e il titolo; e come diritto reale derivato dalla proprietà ne moderarono la efficienza secondo i rapporti estrinseci di realità, di priorità, del commercio e l' economia dei giudizii. Le dottrine loro sono improntate di tal magistero che sarebbe follia non valersene oggidì in quella parte fondamentale e stabile della scienza che non pati mutamento: e l'opera loro certo sussiste ancora, perchè le successive migliorie sono piuttosto accrescimenti che riforme. Sull'area designata dal Pretore costrussero un magnifico edifizio, che non fu abbattuto ne'tempi nostri, ma solo accresciuto, perchè fosse capace di una perfetta elaborazione. L'antico può coesistere al nuovo, ed ambedue le parti accettar si devono così, come da'rispettivi autori furono con sottil lavoro condotte. E di quanta utilità siano feconde le vecchie dottrine, e quanto ajutino la pratica moderna colla nettezza delle nozioni e colla franchezza de'corollarii, ben si vedrà nel successivo trattato.

Ma il concedere al proprietario di costituire un diritto reale, quale è l'ipoteca, senza un'atto esteriore qualsiasi, è lo stesso che non promulgarla: è lo stesso che erogare in legge l'arbitrio del non proprietario, mettere a discrezione della sua perfidia la buona fede de' terzi, e creare inconciliabili dissidii. E diffatti: costituita l'ipoteca col solo consenso, un'immenso turbamento avveniva nel diritto civile.

Costituirla non si potea colla tradizione, poichè allora non si saria distinta dal pegno, e non si provvedea all'interesse del debitore, che volea bensì fare delle prelevazioni sul valore della sua proprietà terriera, ma non ancora spogliarsene del godimento. Abbisognava dunque un'altro mezzo di dimostrazione, una instituzione, per la quale pubblicamente si potesse conoscere l'ipoteca senza che il proprietario si privasse del godimento. Questo non fu fatto; l'ipoteca fu lasciata adunque più allo stato scientifico ed ipotetico, che non a quello d'istituzione. E questo fu appunto il vizio radicale della legislazione antica; pur si volle che sussistesse; e la natura arbitra di tutte cose, e garante delle proprie leggi in breve tempo reagì, distruggendola come vana superfetazione.

Del resto i giureconsulti imperiali distendendo la tela dottrinale della deduzione astratta, quasi aspettando che il legislatore ne imprendesse l'applicazione colle opportune intermediarie provvidenze, non poteano antivedere la più matura esperienza d'una civiltà che offrisse profonde antitesi, e quindi un urgente bisogno di riforme alla tesi astratta economica. I tempi non erano adunque propizii a fecondare la scienza, a infondere al diritto civile quel vitale fervore, che al corpo della nazione sfuggiva.

**VI.** Perchè tutte le ipoteche furono occulte, divennero impossibili ed assurde. Destinate a proteggere il credito, senza offendere di vantaggio la proprietà, caddero nell'uno e nell'altro intento. L'occultezza loro trasse inevitabilmente l'occultezza della condizione giuridica della proprietà stessa; la quale non potè più passare senza gravi pericoli al nuovo acquirente: non offrì, quantunque libera di fatto, una sufficiente garanzia ai creditori.

L'affermazione economica dell'ipoteca costituita in virtù del solo consenso non meritava gli onori giuridici; perchè era fondata su di una imperfetta analisi del principio della proprietà considerato come liberissimo diritto, nel quale è compresa la facoltà del vendere. Imperfetta, anzi imprudentissima analisi, diciamo; perchè tagliando la proprietà in due parti, piuttosto che ottenere due membra vivaci, si cagionò la morte all'una e all'altra. Perchè il prodotto analitico riescisse vitale, doveasi curare che l'ipoteca stessa avesse la forma reale della proprietà, la stessa esteriore dimostrazione nella tradizione, nell'uso, nel possesso od in una pubblicità qualsiasi della sua esistenza ed efficacia come diritto reale.

Questa dimostrazione pubblica costituisce pure la forma essenziale di qualunque diritto reale. Come si può porre la legge di questo diritto immediatamente nella cosa stessa, senza che sovra di essa appaja promulgata? Le cose che la natura o l'industria umana apparecchia, si appetiscono, si acquistano e si possiedono per la utilità economica e le soddisfazioni morali che procacciano. Ufficio della legge civile è di assicurarne il godimento. Le cose possedute dagli uni agli altri pervengono in virtù di quel veicolo morale, che si dice proprietà e consenso, ossia determinazione del proprietario. Ma questo consenso, che è legittimo in quanto emana dal proprietario, nell'atto che si presta non è indubbiamente scevro da turbazioni morali, nè si può constatare come legge del proprietario. Il consenso suppone la proprietà, la legittimità del consenso per appurarsi suppone constatata la proprietà: ma finchè la proprietà e il consenso consistono nella loro natura metafisica, la legge del proprietario non è promulgata: la cosa si presta al primo occupante. Se ella non offre alcun segno della sua condizione giuridica non si potrebbe con sicurezza godere; perciocchè il vero proprietario può ad ogni istante sopraggiungere e rivendicarla. Ond'è che in ogni tempo gli atti giuridici abbisognarono di forme propalatrici, sia per constatarne la esistenza in giudizio, sia per il commercio della vita privata. La dimostrazione della proprietà mediante il possedimento costituì sempre il necessario anello tra la utilità economica e la costanza giuridica della medesima; fu una forma con cui armonizzare le contrarie pretese, un criterio per garantire e la proprietà e la buona fede de'terzi. D'allora soltanto la legge del proprietario fu promulgata: quindi la deduzione giuridica delle sue trasmissioni e delle sue diminuzioni regolare e sicura.

Il che dovéa bastare senza più matura esperienza per rifiutare la novità pretoria, o per suggerire e promuovere la pubblicità necessaria.

Diminuita l'utilità creditoria della proprietà, l'ipoteca divenne generale, e fu fin'anco tollerata come reale ed efficace sulla proprietà futura, cioè su quella, che non ancora apparteneva al costituente; quindi l'ipoteca non ebbe più nessuna base giuridica. Che più? non abbisognò nemmanco d'una speciale concessione; ma l'obbligarsi colla persona e co' beni bastava, secondo Giustiniano, a costituirla su tutti i beni presenti e futuri (1). Dal che si veda quale profondo imbarazzo nei patrimonii e nel commercio: l'obbligazione personale fatta reale: identificata la libertà illimitata del debitore colla condizione giuridica della proprietà; quindi tolta a questa la utilità economica, impedite le vendite, le migliorie e resa impossibile l'ipoteca stessa: tutti i crediti messi allo stesso livello; quindi distrutte le preferenze, che la specialità dei rapporti personali giustificavano.

Se non che i privilegi personali si dovettero elevare ad ipoteca, e ad

(1) Leg. 9 Cod. quæ res pignori.

ipoteca privilegiala: d'onde l'ipoteca legale del fisco pei tributi, per l'amministrazione militare, ossia per la causa primipilare e per tutti i suoi diritti contrattuali (1): donde l'ipoteca legale e generale dei minori contro i tutori e curatori per il disavanzo dell'amministrazione (2), e per il danaro mutuato da essi minori a un terzo sulle cose da lui comperate col dànaro medesimo (3): estesa poscia da Giustiniano contro il padre istesso per l'indennità del peculio avventizio acquistato dall'eredità materna (4), sopra questi beni (5), ed anche sui proprii, quando avesse contratte le seconde nozze (6), e per la frode commessa, non per una semplice colpa (7). E fu pure estesa contro la madre tutrice e l'ava, e se la madre passava a seconde nozze, anche contro il marito (8).

Si dovette pure provvedere alle donne maritate, e quel privilegio personale, che aveano verso i creditori del marito (9), fu convertito da Giustiniano in ipoteca su tutti i beni presenti e futuri del marito stesso (10). E siccome in antico il loro privilegio primeggiava su tutti i crediti personali, e per l'estensione dell'ipoteca tutta la sostanza maritale restava

(1) Antonino nella Leg. 1. *Cod. in quib. causis pignus tacite contrahit.* Leg. 4. *Cod. de priv. fisci.* Leg. 1. Cod. Leg. 28. Leg. 46. § 3. Dig. *de jure fisci.* Leg. 10. Dig. *de manumiss.* Antonino, nella Leg. 2. *Cod. in quib. caus. pign. tac. contr.*

(2) Ipoteca stabilita da Costantino nella Leg. 20. *Cod. de administr. tutor.* e confermata da Giustiniano nelle leggi, unica, § 1. *Cod. de rei uxoriæ action.* ult. *Cod. de legitima tutela.* Novella 118, cap. 5. Dapprima gli interdetti e i minori non aveano che un privilegio personale: Leg. 15. § 1. Dig. de curat. furios. Leg. 19-24. Dig. *de reb. auctor. jud. possid.* — Leg. ult. Dig. *de tutel. et ration. distrahend.* Leg. 42. Dig. *de admin. et peric. tutor.* Leg. pen. § pen. Dig. *de ritu nuptiar.* Leg. 20. *Cod. de admin. tutor.* Nelle quali leggi questo privilegio si estendeva alle donne, ai sordomuti, ai fatui, ai prodighi.

(3) Per una costituzione di Alessandro Severo, Leg. 6. *Cod. de servo pign. dat. manum.* Ulpiano, nella Leg. 7. Dig. *qui potiores in pign.* e nella Leg. 3. Dig. *de reb. eorum. qui sub tutel.* Questa ipoteca non concedevasi ai maggiorenni: Leg. 3. § 1. Dig. *qui potiores in pignore.* Leg. 7. *Cod. qui potiores in pignor.* Vorrebbero alcuni che queste ipoteche legali de' pupilli si fossero introdotte più anticamente: quali sono Bachovio, *de pignor.* lib. 1. cap. 9. n. 6. e segg. Vanderano, *de priv. creditor. prolegom.* cap. 6. Baldain. *de pignor.* cap. 7. ma i testi allegati da essoloro non concludono; perchè Scevola nella legge ult. Dig. in *quibus caus. pign. tac. contrah*, suppone un contratto espresso di pegno: ed anche gli Impp. Severo ed Antonino nella Leg. unic. *Cod. rem alien gerend.* suppongono che il tutore avesse dato un pegno, per adempiere all'obbligo suo di *satisdare*, ingiuntogli nella Leg. 5. Dig. *de legitim tutor.* L' opinione di costoro è poi combattuta da Voet *in pand.* lib. 20. tit. 2. n. 19.

(4) Leg. 8. § pen. et ult. *Cod. de secund. nuptiis* — Leg. 6, § ult. Dig. *de bonis quæ liberis.* Neguzanzio, *de pignor.* par. 2. mem. 4. num. 13. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 7. def. 13. Brunneman *de concursu credit.* cap. 5. n. 31.

(5) Mantica, *de tacit. et ambig.* Lib. 11. tit. 16. n. 19.

(6) Accursio, in § 2 Leg. 6. Dig. *de bonis quæ liberis.* Neguzant. ibidem. num. 19. Bachovio, *de pignor.* lib. 1. cap. 9. n. 9.

(7) Argomento da ciò che il padre in questo caso era tenuto al rendiconto: Leg. 50. Dig. *ad S. C. Trebellian.* Neguzant. ibid. num. 13.

(8) Leg. 6. Cod. *in quib. caus. pign. tac. contrah.* Leg. 2. Cod. *quando mulier tut. offic. fungi poss.* Novella 22. cap. 40. *de nuptiis.* Neguzant *de pignor.* par. 2. num. 4. n. 19. Fabro *in Cod.* lib. 5 tit. 8. def. 4. Voet, *in pand.* lib. 20. tit. 2. num. 11.

(9) Leg. 17. § 1, Leg. 18. Leg. 19. Dig. *de rebus auctor. jud. poss.* Leg. 52. § 1. Dig. *de peculio,* Leg. 74. Dig. *de jure dotium.* Leg. unic. Cod. *de privileg. dot*; Leg. ult. *Cod. qui potiores in pignor.*

(10) Nella Leg. unic. Cod. *de rei uxor actione.*

affetta dai crediti stessi, fu necessità di concedere a quest'ipoteca un privilegio sopra di quelle, comunque anteriori di tempo: privilegio reale efficace solo per la dote (1), non pei lucri nuziali e gli aumenti successivi della dote, o i beni parafernali, ai quali bastava l'ipoteca tacita (2). Questo privilegio nuoceva alle ipoteche anteriori, non solo generali sui beni acquistati dopo la dote, ma anche alle ipoteche speciali espresse (3); passava anche ai figli suoi, non però agli eredi estranei (4), e non pregiudicava ai figli della predefunta moglie (5). Che anzi, fu messa in pari grado all'ipoteca privilegiata di colui, che col proprio danaro avesse, o acquistata, o conservata la sostanza maritale (6). Anche il marito ebbe un'ipoteca legale (e quindi generale) sui beni del promissore della dote (7). E l'ebbe anche il legatario (8) in luogo dell'antico beneficio dell'immissione in possesso (9).

Veggasi adunque in questa deplorabile confusione di particolari, cosa divenisse dell'ipoteca. Se non che si pensò a sbrigarsene tantosto in due modi. L'uno fu che in origine non si concedè propriamente tutta l' efficienza giuridica che al primo de' creditori, il quale solo potea vendere il fondo, e vendutolo, rimanea libero da tutte ipoteche (10); ma viddesi presto che al debitore con ciò restava proibito di concedere ulteriori ipoteche, quand'anche il fondo bastasse per tutte: eppërciò fu accordato agli altri creditori il *jus offerendi* (11): provvedimento col quale potessero impedire al primo la vendita pregiudizievole, e poterla essi medesimi praticare in di lui luogo. In processo di tempo fu a tutti i creditori indistintamente concessa la facoltà di chiedere la vendita giudiziale, il cui effetto era di costringere i creditori presenti in luogo a ricevere il pagamento secondo il loro grado, e i non comparenti a ritenersi rinunciatarj (12). Questa disposizione di Diocleziano e Massimiano Imperatori

(1) Leg. *assiduis. ult. Cod. qui potior. in pignor.*

(2) d. Leg. *assiduis*: Novella 97. cap. 2. Leg. ult. *Cod. de pactis. conventis.*

(3) Il che è soggetto di disputa. Richeri, Iurispr. vol. 9. § 1456. Pothier: *pand.* lib. 20. tit. 4. n. 29. In notis. Parmi però concludente il testo della suddetta legge *assiduis.*

(4) § *fuerat antea*, 29. *Institut. de actionib.* Leg. ult. § 1. *vers. exceptis. Cod. qui potiores in pign.* Leg. unic. Cod. *de rei uxor. action.* Novell. 91. *in prefat.*

(5) d. Leg. *assiduis.* § 30. *Institut. de actionib.*

(6) Così nella Novelle 97. cap. 3. e presso Voet, *in pand.* lib. 20. tit. 4. n. 18. Un senato consulto dei tempi di Marco Aurelio, di cui nella Leg. 1. Dig. *in quibus caus. pig. tac. contr.* e nella Leg. 7. *Cod. qui potiores in pignor.* avea stabilito quest' ipoteca privilegiata, onde, formando il concorso delle ipoteche anteriori, si accrescesse o conservasse la proprietà colle sovvenzioni de' terzi, Leg. 6. Dig. *qui potiores in pignore.*

(7) Leg. unica, § 1, *Cod. de rei uxor. action.*

(8) Leg. 1, Cod. *commun. de legatis.* Nov. 22. cap. 44. § 2. Richeri, vol. 9. § 1459.

(9) Di cui nella Leg. 1. e 13. Dig. *ut legator servand. causa caveat.* Veggansi le altre cause di ipoteca legale enumerate a 26 da Neguzanzio, *de pign.* par. 2. mem. 4. e le altre aggiunte da Hotoman, in Dig. de *pignorib.*

(10) Leg. 1. *Cod. si antiquior creditor.*, Leg. 6. *Cod. qui potiores in pignor.*

(11) Al tempo di Alessandro Severo: Leg. 3. *Cod. qui potiores in pign.*, Leg. 5. e 8. *Cod. de distract. pignor.*

(12) Leg. 6. *Cod. de remiss. pignor.* Sessanta anni prima, cioè ai tempi di Marciano e d'Alessandro Severo, la scienza e il silenzio non pregiudicava ai creditori: Leg. 8. § 15. Dig. *quibus modis pign. solvitur.*

pose la condanna e l'abrogazione formale dell'ipoteca; perchè le antitesi che avea suscitate erano indestruttibili. Avvegnachè essa colle vendite giudiziali, o le private del primo creditore, cessasse affatto in onta alla realità sua; colla sua soverchia generalità avesse patito quasi tutti i privilegi personali, che preesistevano alla sua nascita; quindi la priorità di tempo, corollario immediato della realità, cessasse in mollissimi casi; dall'occultezza sua tutti questi sconci provenissero, e da indi il discredito nel patrimonio stesso del debitore, e fatta impossibile la libera disponibilità del medesimo. Offeso per l'ipoteca il credito, offesa la proprietà, cosa restava se non il partito di liberarsene affatto?

Questo ente giuridico adunque per mancare d'una delle sue condizioni naturali, per essere privo dell'estrinseca dimostrazione, perdette la natura di diritto reale; come pianta di mal seme produsse frutti di pessima natura, e la legge economica della mobilità dei valori della proprietà immobiliare restò senza garanzia giuridica.

**VII.** Pensiero degno di mente elevatissima fu quello di raccogliere l'antica sapienza civile del Lazio in un sol corpo di leggi. In Giustiniano parve che si ristorasse eziandio la fortuna dell'Impero cadente, e all'antico splendore le arti e le scienze si restituissero. Tuttavia l'opera sua non giovò alla pubblica salute, anzi tardò più di quattro secoli a rifluire in Italia e nell'Occidente, e più presto cadde nell'Oriente medesimo. In tutte cose umane v'ha sempre qualche parte che trascende l'attualità dell'affetto e dell'intendimento: le più grandi opere sono tali piuttosto, perchè destinate alla posterità, anzichè profittevoli agli autori; i quali sospinti da naturali leggi cospirano alla civiltà ventura usufruendo i beneficii del passato, e assumendo la loro parte di fatiche, di dolori e di speranze. Il lavoro giustinianeo non ristorò il caduco Impero, ma conservò l'eredità dell'antico alle lontane generazioni, collegò Roma e le sue funzioni civilizzatrici al sistema moderno.

Taceano adunque a quell'età i destini della ristoratrice e progressiva legislazione.

Però sulle rovine di Roma e nel silenzio di molti secoli preparavasi una vita novella. La natura non sempre distrugge, ma muta l'aspetto delle cose, realizzando le sue leggi in novelli prodotti. Tace ella nel mondo intellettuale, fintantochè elabora i materiali e i morali organismi del futuro incivilimento. Infonde prima nelle affievolite fibre della nazione un nuovo elemento di forza: la torpente attività economica esercita nell'agricoltura e nelle grossolane industrie: spazza via l'imbarazzo delle antiche instituzioni politiche, e ne prepara delle altre meglio rispondenti all'età ringiovanita: all'anarchia delle opinioni sostituisce un forte sentimento religioso, che divien sistema morale e giuridico sul quale s'informano dei rapporti più collettivi di popoli diversi. La natura umana funziona incessantemente in tre ordini distinti di leggi: l'attività morale, l'economica e

l'intellettuate. Ciascuna di esse predominando a vicenda partorisce degli organismi, che formano il corpo dell'incivilimento. E questa produzione vitale procede per stadj diversi ognora più vivaci. Assume prima l'aspetto di forza materiale e religiosa, indi colle arti prepara il regno della scienza e dell'ordinato vivere civile. Quindi procedono gli organi morali della podestà paterna, principesca e sacerdotale, confortati dal culto, dalle magistrature e dalle milizie; quindi gli organi economici delle associazioni, della proprietà, delle successioni, delle industrie, de' segni rappresentativi del valore e del credito; quindi gli organi intellettuali delle religioni, delle arti, delle scienze e delle leggi.

Nel lungo periodo trasrorso tra la civiltà romana e la moderna, che diciamo Medio Evo, infinito era il lavoro da farsi; e consisteva nel fecondare tutta l'Europa de'principii onde Roma fu grande; e fecondata condurla a uno sviluppo proporzionato alla base accresciuta. La civiltà moderna ha in vero questo vantaggio sull'antica, che non è municipale, ma nazionale ed Europea. Come l'educazione individuale non avanza di molto senza l'attrito civile: così la convivenza d'una città non si migliora senza l'avanzamento della nazione, e questa non è assodata senza la reciproca influenza delle nazioni vicine.

La caduta di Roma avvenne, perchè la conquista avvicinò popoli differentissimi senza che si sapesse trovare o creare quel sistema, che ne rendesse possibile e tollerabile il contatto. Nel che a vero dire gli uomini non poteano anticipare sull'opera di molti secoli. L'arbitrio e l'intelligenza umana sono costretti in troppo breve confine, perchè possano affrettare il corso provvidenziale dell'educazione collettiva.

Ne'vuoti meati dell'Impero travasarono dapprima le truppe mercenarie di Bisanzio; indi fu tutto messo a soqquadro dalle invasioni de' popoli barbari. Le deserte campagne delle famiglie senatorie ricevettero nuovi signori; il basso fondo della popolazione tornò all'agricoltura, e sotto i Goti e i Longobardi sistemavasi l'Italia, e saria divenuta una nazione compatta, se i destini dell'incivilimento, che si preparava, non avessero costituita la patria nostra per la seconda volta a suo organo immediato, perchè combinasse parecchi elementi civilizzatori; finchè giacque esausta dalle fatiche della gestazione.

La forza materiale degli invasori non poteva bastare per sè come mezzo d'unificazione nazionale, perchè ella stessa non è di possibile durata senza ferme instituzioni religiose e civili. I popoli belligeri del settentrione s'associarono per lo scopo momentaneo d'invadere il mezzodì: lo occuparono; ma tosto si suddivisero in piccole tribù, e si perdettero per così dire nelle sinuosità della terra conquistata. Ad ogni invasione sia pur di popoli fieri e potenti, succedè tosto il disperdimento e la dissoluzione. Vero elemento unificatore non è la forza materiale per sè stessa, ma la ragion pubblica realizzata con ferme instituzioni.

**VIII.** Secondo che l'elemento giuridico antico affievolivasi, sorgeva un elemento novello di civiltà nel cristianesimo.

Quando sotto gli artigli dell'aquila imperiale le nazioni viddero sfruttate per più secoli le speranze d'emancipazione, e nel terrore delle invasioni de'barbari, parve impossibile ogni provvedimento alla popolare felicità, caddero gli spiriti in profondo abbattimento; la inesorabile povertà, e la politica schiavitù alla fatalità divina attribuirono; allo sconforto succedette negli animi un'universale apatia; le armi e gli studii civili si dimisero; la patria e la vita umana si riguardò siccome mezzo d'espiazione; tutto l'avvenire assorto nella fede d'una spirituale redenzione, della città eterna dell' anima. Meraviglioso movimento morale, che divenne fede e credenza dell'universale, penetrò in tutti i popoli, vinse la gelosia dei governi, modificò le instituzioni, e preparò i secoli posteriori d'Augusto per una lenta transizione ad un nuovo ordine di cose. Per influire come legge nel mondo civile, dovette assumere forme organiche, costituirsi con nuove instituzioni, le quali potentemente influirono per rattemprare l'azione degli altri elementi sociali. Le chiese, i concilii, la estesissima e compatta gerarchia, adunarono questo nuovo elemento a tanta intensità d'azione, investì i nervi delle nazioni e s'impose alla forza materiale e alla podestà civile in guisa che, se la sua natura, invece che essenzialmente ideale e religiosa, fosse stata giuridica e civile, avria quasi improvvisamente ristorato l'Impero, o accelerato di dieci secoli almeno il cammino dell'incivilimento.

Però, comunque il regno di Dio non fosse riposto negli argomenti umani, nel progresso indefinito e certo delle instituzioni civili (perciocchè l'assoluta giustizia e felicità non è retaggio della natura), contribuì efficacemente alla causa della civiltà, in ciò che la religione può per sè stessa giovare come elemento di coltura, d'educazione e d' unificazione sociale. Ella impresse un moto uniforme alla storia ideale de'tempi, costringendo lo scibile alla sua forma sintetica, estendendo il sentimento giuridico esclusivo del cittadino a beneficio dell'umanità, influendo sui destini politici con una estensione di vedute e di relazioni che ottenne di costituire per la prima volta un diritto commune d'Europa. Contribuì a moderare la brutalità della forza, a raddolcire i furori della conquista, a correggere la licenza de'costumi; predicando l'eguaglianza e la santità della persona, abituò i forti al rispetto dei deboli; sostenne l' imbelle volgo, e coll'associazione ridestò in esso la coscienza della forza; indi nei municipii fecondò uniformi germi di libertà; donde risorse una nuova forza giuridica, la quale dovea, estendendosi, produrre le moderne nazioni.

Nei Municipj si erano conservate le antiche instituzioni e la forma civile romana, rispettate anco dai barbari: ma questi parziali organismi erano impotenti alla nazionale unificazione. Abbisognavano d' una forza superiore, che ne cancellasse l'individualità esorbitante, e creasse

nella nazione stessa un'ordine più capace che li comprendesse. Abbandonati a sè medesimi poterono per loro propria virtù meravigliosamente arricchirsi e farsi temere presso popoli agguerriti; poterono colle leghe inalzare una bandiera nazionale; ma cessato il comune pericolo l'associazione cadeva; conquistarono provincie estese, ma non seppero infondere in esse quella vita e quel germoglio locale, che assicurasse un'indefinito sviluppo.

Impotente la forza materiale dei barbari, e la vita ristretta dei Municipj a promuovere l'unità politica de'nuovi tempi, neppure il Cristianesimo, come sistema religioso, potea riuscire all'opera d'unificazione, perocchè il suo regno era eminentemente spirituale e non abbastanza rivolto al regno civile. Però per molti secoli si sovrappose alla forza e parve riescisse all'unificazione del mondo. Il principio religioso trascendente divenne umano, il cielo o la chiesa celeste, discese in terra: il Capo invisibile divenne visibile ed umano, la fede divenne scienza, la provvedenza e la grazia divina divenne autorità giuridica, causa d'ogni autorità terrena. Restauravasi a Roma sotto i suoi auspicii l'Impero: ove il principio unificatore morale era il Vicario di Cristo, il principio materiale l'Imperatore. Ad esso si delegava la civile podestà, e il dominio universale della terra (1). E come la fede avea creata la Chiesa, così la conquista creò il corpo dell'Impero, cioè il Feudalismo, parimenti di diritto divino, immedesimato nell'opera di unificazione colla consecrazione religiosa: egualmente universale, perchè nessuna terra reputavasi senza signore. Il Diritto divino, ossia la professione politica del Cristianesimo, ebbe la più alta consacrazione sulla testa di Carlo Magno; ma già l'ardito sistema si sfasciava sul suo letto di morte: la monarchia europea cadea a frantumi, e l'organismo feudale divenne autorità locale ed ereditaria ne' condottieri investiti: nè più nè meno di ciò che apparve sempre, come fatto di conquista: dapprima giurisdizione e sovranità, poscia degenerato in privato dominio.

Così il mondo fu diviso da quattro elementi, che l'empierono di infiniti guai. Però la podestà laica dell'Impero riprese l'autonomia propria, si svestì sempre più della causalità religiosa, dopo una guerra acerbissima; la quale prima profittò all'indipendenza de'Municipj e poscia condusse alla loro dissociazione, finchè furono assorbiti dalle vaste Monarchie. De'Feudi fu egualmente varia la fortuna. In molta parte d'Italia soffocati delle plebi cittadine; in altre provincie dal poter regio assorbiti; in altre s'estesero a vasti reami; in altre sussistettero nella prima natura. Ma già l'avvenimento delle Monarchie li paralizzava nella accresciuta vitalità popolare de'tempi moderni.

(1) I nuovi imperatori traducevano alla lettera le ambiziose millanterie di Antonino e Giustiniano, nella Leg. 9. Dig. *de lege Rhodia de jact.* Leg. ult. *Cod. de quadrien. praescrip.* Leg. 13. *Cod. de judiciis* Authent *de consulis.* 105. in fin. Bartolo dicea eretico chi niegasse all'imperatore questo attributo, in Leg. *hostes*, n. 7. Dig. *de captiv. et postlim.*

**IX.** La legislazione dovea arricchirsi de' prodotti di questo profondo sommovimento politico, non però funzionare nell'intento dell'unificazione civile, fino a che durava la guerra delle intestine discordie. Non poteva elevarsi alla conciliazione de' contradditorj, prima che almeno l'opinione pubblica ne avesse proclamato altamente il desiderio. Ciascuno de' quattro elementi, il Papato, l'Impero, il Feudalismo e il Municipio non sapeano rinunciare alla propria individualità; ma bisognava della lenta azione del tempo e delle cause naturali perchè si trasformassero in un più capace e più compiuto organismo politico. E la legislazione non potea operare senza la giuridica: e questa come scienza dovea prima di tutto investigare le cause turbatrici, i principii costitutivi di quegli elementi sottoponesse a disamina, e prima ancora dovea ella stessa emanciparsi dalla educazione pregiudicata, raffinare il suo stromento logico, ed esercitarlo colla critica del passato, in tutte le discipline attinenti ai fattori dell'incivilimento. Senza altezza di vedute e compostezza di dottrine, come può lo spirito ottenere la pace e la scienza? Ma prima ancora che l'asprezza del conflitto, o il predominio dell'uno de'principii desse luogo alla riflessione scientifica, molto tempo ci volle perchè ciascun elemento formulasse la propria ragione.

La raccolta giustinianea, quantunque fosse conosciuta in qualche angolo d'Italia fino dall'800, pure non fu innestata nel moderno incivilimento che per opera della scuola di Bologna, e solo dal XII al XIV secolo. Fu il lavoro di questa meraviglioso nel ripulire e interpretare nell'oscurità intellettuale dell'epoca gli sparsi e laceri frammenti. Le Glosse d'Accursio, vasto emporio dei prodotti di quella scuola, sono e saranno monumento di quanto possa il genio giuridico d'Italia, appena la tristizie de' tempi gli conceda libertà d'azione: *In his intima jurisprudentiæ doctrina elucet, et mirabilis collatio omnium pene locorum sibi invicem congruentium, atque brevis perspicuaque dissidentium declaratio; ut nihil desiderandum videatur in eo, quam ut feliciori vixisset ætate in qua cultior puriorque latinus sermo fuisset:* competente testimonianza di quel Dionigi Gottofredo, che ristorò in Francia quella grand'opera, adornandola con stile e con erudizione conveniente al progresso di tre secoli (1).

Quella scuola colle somme di Azone e col genio legislatore di Bartolo e de' valorosi coetanei, fornì una ricchissima suppellettile a tutti i lavori scientifici e legislativi dei tempi posteriori; educò le oggidì più colte nazioni alla propria ed antica civiltà; prestò coll'elemento giuridico antico un lievito riformatore al medio Evo; nel nascere rompeva la stolta proibizione di Giustiniano, che volea soffocato nelle sue leggi ogni spirito investigatore (2); si facea legislatrice dell'Impero e del feudo, educatrice de' liberi municipii, fra essi travedendo una naturale parentela; i suoi dot-

(1) Dion. Gottofred. *Chronolog. iuris civ. Rom.* § 55.

(2) Leg. 1. § 12. *Cod. de veteri jure enucleando.*

tori spediva a fondare la legislazione statutaria, della quale l'Italia aspetta una storia, come testimonio di una delle sue massime grandezze e documento della civile sapienza d'un età, nella quale tutte le altre nazioni dormivano nell'alto silenzio della barbarie.

La civiltà legislativa di Roma divenne per essi il Diritto comune europeo, un sedimento di civiltà, ove i novelli elementi politici s'esercitarono edificandovi la propria ragione speciale. L'Impero vi ravvisava la vera sua autorità, e favorivane lo studio; il Feudalismo volle pure i suoi omaggi, ma vi restò presto sfigurato da quella luce di giustizia universale e dallo spirito municipale che lo caratterizza; il Cattolicismo politico avea già ottenuto una larga protezione nel Codice giustinianeo, e col suo Diritto canonico s'emancipò dell'autorità civile; i Municipi coi loro statuti vi si innestando, esercitarono l'autonomia legislativa con provvedimenti salutari alla accresciuta attività economica, e con opportuni ripari all'assorbente potere del Feudalismo e del Diritto canonico.

La giuridica dovea adunque fino al secolo XVI essere esclusivamente assertiva dell'interesse politico di ciascuno di questi elementi. Nella spossatezza de' due secoli seguenti non potè alzare gli occhi sopra il cornice imperativo e pratico delle leggi esistenti all'ordine scientifico e razionale. (1).

Il genio di Bartolo fu valentissimo nel coordinare le particolari dottrine degli antichi alla efficienza superiore di principio, nello spiritualizzare i ruderi d'una morta civiltà, onde fecondare la nuova. La deduzione fu spinta quanto importava all'attività del suo secolo; ma mancò la vera induzione scientifica, che desse forma e vita al nuovo incivilimento che aprivasi. Restò da quella scuola un immenso apparato d'erudizione; ma mancava un qualunque sistema che conciliasse la regola coll'eccezione, il divino coll'umano, il diritto col fatto, la storia coll'idea. Un'inesorabile impedimento ci avea nella condizione intellettuale de'tempi, e nell'assoluto difetto di un metodo appropriato e veramente filosofico. Avvegnachè la filosofia fosse da assai tempo ridotta ad essere l'ancella della teologia, la veste della tradizione, la forma di un contenuto superiore all'analisi, ed estraneo alla natura della giuridica. Questa sua sudditanza ad un elemento eterogeneo costringevala ad una mortale inerzia; perciocchè la credenza religiosa riguarda il futuro, e il sopranaturale, la giuridica è tutta attualità e natura; quella è tutta deduttiva da un principio posto direttamente dalla fede, questa è scienza essenzialmente induttrice dai particolari presentimenti dell'utile all'ordine generale ed organico del giusto; quella è assoluta e dogmatica nella sua essenza logica, questa lo è solo nella contingenza pratica come legge; ma come scienza è mutabile e progressiva. Il Cristianesimo dovea per sua natura giovare il risorgimento dello spirito; ma essendosi costituito politicamente come autorità di tutto il mondo giuridico, con un diritto pubblico, che fu il

(1) Romagnosi prefaz. pag. 16 dall'Assunto primo del Diritto naturale.

tema dominante dell' agitazione politica di dieci secoli, non sempre seppe sopportare l'emancipazione del pensiero filosofico col libero esame, e del pensiero civile col diritto di natura e delle genti. Questo sistema politico era minacciato dall'accrescimento della vita pubblica. La filosofia udivasi ne'primi vagiti d'emancipazione, l'osservazione della natura cominciava ad attrarre l'attenzione della scienza, le plebi coordinavansi a reggimenti civili più vasti, il principato moderno già sorgeva, e scioglievasi dalla sudditanza dell'antico diritto pubblico. Quindi si stette sulle difese: il religioso e il scientifico antico si sostenne con argomenti umani, colla forza rimasta dalle antiche instituzioni; quindi condannato come delitto civile l'innovazione filosofica, lo sviluppo economico e giuridico dei popoli e de' governi principeschi trattenuto in quello stato, che non offendesse la gelosia del suo spirito conservatore; la regina delle discipline sociali, la giuridica sentiva l'urto di queste forze contrarie tutti i suoi veri per la sopravvenuta debolezza economica, e la spossatezza delle libertà civili, stettero in una perfetta immobilità, L' analisi non s'attentava di porre la mano nell' intima loro natura. La sintesi prevenuta da un criterio positivo del vigente Diritto pubblico, componea i particolari a modo arbitrario, trattandoli come cose impassibili, costanti, dividendo e componendo il mondo razionale in tante provincie, come fosse una superficie geometrica; da qui il metodo delle partizioni, introdotto da Pietro Ramo (1), e osservato allo scrupolo da' giureconsulti del secolo XVI (2), e specialmente da Neguzanzio, compiutissimo ordinatore del diritto ipotecario di quel tempo. Non importava che ad ogni passo della deduzione protestasse la vivacità de' veri giuridici, e la materia, come disse Bacone, sprizzasse fuori dalla buccia del sistema. Eravi bisogno d' ordine, di unità. Non ci avea in pronto un altro ripiego; nè si poteva sciegliere un buon metodo, che dopo trovato un criterio: e questo non dovea essere somministrato che dalla filosofia: e la filosofia non era uscita dalle pastoje dell' antico: e a mala pena anche a' nostri giorni s' incammina con libero piede.

Non è quindi meraviglia se la giuridica sempre più peggiorasse, finchè, abbandonato ogni pensiero ordinatore, tralignasse alla più dissolvente anarchia, e presto alla corruzione dell'antica sapienza. « Nella giurisprudenza d'oggidì, (sclamava il buon Muratori) il meno sono le leggi, il testo anche delle quali poco o nulla si studia da' molti dei giureconsulti pratici. Il più consiste in tante quistioni con dottrine affermative e negative, divisioni, suddivisioni, eccezioni, amplificazioni, inventate e promosse dagli interpreti, trattatisti e consulenti; per le quali giunte tutto il saper legale è in oggi pieno di opinioni, cioè colmo di confusione, con danno grave del pubblico e del privato (3) ».

(1) Leibnitz, *nova method. par.* 2. § 7. Tenneman, *hist. de la philosoph.* § 292.

(2) Dyon. Gothofret. *Hist. jur. chronol.* § 57.

(3) Muratori, Difetti della giurisprudenza, pag. 8. Veggansi le simili lamentazioni di Dyon. Gothofred. loco cit. § 58. Leibnitz. *nov. meth. par.* 2. § 9.

**X.** Il Diritto ipotecario dovea senza dubbio soffrire di questa abbiezione della giuridica, e rimanere per assai tempo a quello stato informe, in cui l'aveano lasciato gli antichi. Non è, a vero dire, che mancassero nei Municipii italiani quelle determinazioni economiche, che la fecondassero a guisa di instituzione; perciocchè l'attività industriale che era grandissima dal XII al XIV secolo, dovea suscitare un largo movimento di capitali, e quindi la mobilizzazione de' valori fondiari, a servizio del credito e del commercio. Ma due grandi ostacoli v'aveano in essi e nei paesi ove predominava il sistema imperiale del medio evo, e la cieca venerazione per il Diritto scritto: l'uno nella condizione economica creata dal Diritto feudale e canonico, cioè ne' feudi, ne' fedecommessi e nelle mani-morte; l'altro nella proibizione canonica del mutuo feneratizio. Fra l'aristocrazia e il clero ben poco restava alla borghesia ne' possessi territoriali, de' quali potesse liberamente disporre; nè i capitali ammassati colla sua industria potea affidare a' possessori che erano legati alla posterità e all'interesse della casta.

Furono queste le piaghe più dolorose che allignarono nell'oscurità del Medio Evo, e protrassero l'avvenimento dell'odierna condizione civile per un languore economico di molti secoli. Insteriliti l'agricoltura di fiorentissime provincie, i capitali raccolti in estesissimi commerci, marcirono nell'ozio improduttivo; l'Italia perduta la potenza economica vidde squallide le sue forti città, deserte le sue officine; il popolo, potere economico produttore, divenne pericolo ai nobili e ai principi: disarmato, fu messo in balia delle bande avventuriere, e fatto tributario alle forastiere industrie; decadute le arti, attutito fin anco il senso estetico, e l'amore delle scienze, solo verso il declinare del secolo scorso si riscosse all'urto delle idee e delle armi forastiere. Triste esempio alla meditazione di chi dagli errori della giuridica vede dipendere il destino delle nazioni le più favorite dal cielo!

La proibizione del mutuo feneratizio non ebbe un influenza così disastrosa come i fedecommessi e le mani-morte. In moltissimi luoghi il Diritto comune e gli statuti tolleravano gli interessi, e loro davano azione civile: il che era necessario dove si volea che il capitale soccorresse alla produzione. Pure dai sacri canoni era proibito, e questo bastava per frenare la libertà economica nel predominio delle idee religiose d'allora. (1)

**XI.** L'ipoteca ne' paesi ove predominava il Diritto comune e canonico degenerava sempre più. Quella che si concedeva per legge al pupillo fu tratta per una interpretazione estensiva a tutti quei casi, ne' quali anticamente ci avea un privilegio personale (2), cioè contro i protutori o tu-

(1) Alciato, in Dig. *de rebus creditis*. num. 11. 16. attestò: *Hodie tamen contractus mutui non adeo frequens est, quia propter prohibitionem usurarum pauci mutuant.* E Mercuriale Merlino chiama il mutuo feneratizio: *materia per se odiosissima et contraria juri canonico; de pignoribus et hyp.* lib. 1. tit. 2. quæ. 16. num. 3.

(2) Così in Olanda, secondo che abbiamo da Voet *in pand.* lib. 20. tit. 2. num. 12. 13. 18. Così in Francia secondo Basnage, hypoth. ch. 6; Troplong, *des privil. et hyp.* num. 420.

tori di fatto, non esclusa la madre (1); e non solo ai pupilli, ma in prò de' minori, de' furiosi e pazzi, de' prodighi, de' sordo-muti, degli imbecilli, contro i rispettivi curatori (2), contro i tutori e curatori di diritto, ma che di fatto non avessero amministrato (3); e fin' anco a carico dei curatori *ad lites* (4). Fu estesa dalla pratica forense anche sui beni dei curatori dell'eredità giacente in prò degli assenti, e de' creditori (5), su quelli degli amministratori dei corpi morali (6), su quelli del prelato amministratore d'una chiesa (7) e de' ministri d'una città (8).

L'ipoteca legale, ossia tacita convenzionale del fisco divenne in Piemonte privilegiata sui beni del tesoriere, de' ministri del Principe, ipoteca che avêa effetto fin' anco sui beni fedecommessarj e di primogenitura (9). Nello stesso paese fu concessa al venditore un ipoteca speciale sulla cosa venduta in cauzione del prezzo (10), e a colui che col proprio avesse per altri comperata o migliorata una cosa (11). In Francia si ebbe l'ipoteca legale del coerede pei conguagli della divisione (12), e quella del fidejussore contro il debitor principale (13). Fu introdotta anche l'ipoteca giudiziale per le verificazioni de' debiti fatte in giudizio (14).

Veggasi da ciò quale enorme varietà e confusione invalse da questa licenziosa interpretazione dal Diritto comune, o dalle parziali provvidenze degli statuti. Veggasi come dall'occultezza dell'ipoteca quante liti, quanti guazzabugli doveano nascere: qual'imbarazzo dovesse essere per il credito e per la proprietà terriera. Cosa dovess' essere questa ipoteca, che sorgeva nelle tenebre allato di qualunque debito colle sue stesse preferenze personali, anzichè colla realtà vera. A questi mali s'aggiungano gli abusi de' feudi, de' fedecommessi, delle primogeniture e delle mani morte, e ci sarà cagione di grave meraviglia come le società europee abbiano potuto una volta liberarsene.

Gli antichi Municipii, che soli aveano un deciso interesse alla scioltezza dei rapporti giuridici, posero mano a questo gravissimo male, se non per guarirlo, almeno per troncarne in qualche modo il corso de' pestiferi

(1) Mantica, *de tacit. et amb.* lib. XI. tit. 16. n. 4. 8. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 7. def. 2. Voet, lib. 20. tit. 2. n. 23. Troploog. des priv. et hyp. num. 421.

(2) Voel, ibid, num. 13.

(3) Mantica, lib. XI. tit. 16. n. 1.

(4) Mantica, ibid. n. 9. Voel, ibid. num. 11 Bachovio, *de pignorib.* lib. 1. cap. 9. n. 4.

(5) Richeri, *Jurisprud.* vol. 9. § 1441. Bachovio, *de pign.* lib. 1. cap. 9. n. 4.

(6) Richeri, vol. 9. § 1446. Strovio, *Syntagma jur. tit. in quib. causis pign. tac. contrah, thes.* 13. Brunneman. *de process. concurs. credit.* cap. 5. num. 51.

(7) In Olanda, come da Zoesio, *in pand* lib. 20. tit. 2, num. 7.

(8) Zoesio, ibid. n. 7. Voel, ibid. num. 8 Sebbene pel Diritto romano le città non differissero dai privati: Leg 16. Dig. *de verbor significat.* Neguzanzio, *de pignor. par.* 2. *men.* 4. n. 119. Bachovio, *de pignor.* Lib. 1. cap. 9. n. 2.

(9) Richeri, *Jurisprud.* vol. 9. § 1448. Così in Francia, Merlin. Repert. v. Hypoth. sect. 1. § 8. num. 6. 7.

(10) Richeri, vol. 9. § 1464.

(11) Richeri vol. 9. § 1466. Fabro in Cod. lib. 8. tit. 7. def. 10. dimostra come questa ipoteca non fosse stata introdotta nel Diritto romano.

(12) Merlin *Repert. v. hypothèque* sect. 1 § 8. n. 9.

(13) Idem. ibid. n. 11.

(14) Come dallo statuto di Lucca, cap. 110 lib. 1. riferito dal Casaregi, *de comercio* disc. 105. n. 59.

suoi effetti. Furono imaginati i Giudizii delle Gride, e per la prima volta crediamo, da Bernabò Visconti nel Ducato di Milano, col decreto dell'anno 1369; nel quale era fatta abilità al compratore d'uno stabile, che si volesse liberare dalle ipoteche esistenti a carico degli anteriori possessori, di porre il suo contratto alle pubbliche gride, notificandolo cioè per editto, e a suon di tromba davanti il Palazzo pretorio, nella contrada del domicilio del compratore, e nel luogo ov'era situato l'immobile. Il compratore dovea depositare il prezzo, e i creditori doveano pur comparire nel termine da tre a sei mesi, offrire un prezzo maggiore se il volessero, ed insinuare in un processo sommario le loro pretensioni, onde essere soddisfatti sul prezzo definitivamente stabilito. I creditori che intervenuti non fossero in giudizio, o le di cui pretese non avessero ottenuto un'utile collocazione, perdevano ogni diritto sul fondo venduto, e questo restava libero nelle mani del compratore (1).

Come provvedimento utilissimo fu questo giudizio adottato in quasi tutti gli statuti italiani (2). Assai più tardi si praticò in Francia lo stesso metodo col nome di *decreti volontarj o lettere di ratifica:* le quali si concedevano all'acquirente per titolo contrattuale, allo scopo di liberarsi dalle ipoteche. Coll'Editto del febbrajo del 1771 (3) si modificarono probabilmente sulle traccie degli Statuti italiani (4).

Ed ecco distrutta l'ipoteca per la seconda volta, per opera degli stessi legislatori. Due civiltà si sono adunque affaticate indarno per costituirla nella sua vera essenza.

**XII.** Però tutta l'Europa non versava nelle stesse condizioni civili; nè in tutti i governi era impedita l'autonomia legislativa. Due sistemi politici v'aveano, i quali sviluppavano l'elemento nazionale con gelosa indipendenza, e in opposizione alla coltura romana. Per essi, e presso i popoli, non certo i più celebrati in quel tempo per coltura intellettuale, l'ipoteca assumeva già nell'uscire dal medio evo la forma di pubblica instituzione, e preparava un addentellato alle innovazioni del nostro secolo. Essendochè in natura nulla sorge di repente, che non abbi profonde radici nel passato, e la continuità di uno sviluppo intermedio.

(1) *Decreta antiqua Mediol. Ducum.* pag. 34, Verri, Stor. di Milano, cap. 13. *Constitut. Mediolan.* Lib. 2. tit. *de bonis ad cridas ponendis*, Carpan, ad *Stat. Mediol.* cap. 463. 464.

(2) A Pavia, nel cap. 146. dello statuto; de quello di Cremona, cap. 416. e segnenti; e nelle altre città del Ducato pel Decreto 25 Luglio 1420, inserto negli Statuti di Milano, vol. 1. cap. 444. 465 e 464, e vol. 2. cap. 210. 410. ordinati nelle nuove costituzioni di Francesco Sforza II. al tit. *de bonis ad cridas ponend.* Così a Padova, come si ha in Peregrino *de priv. fisci*, lib. 6. til. 4, n. 20. Così praticavasi nel sec. XV. a Firenze, come attesta Alessandro, cons. 106. vol. 5. Neguzant. *de pignoribus*. par. princ. 5. num. 3. par. 1. n. 9.

(3) Merlin, *Repert. v. hypotheq.* Sect. 1. § 13. n. 7. Grenier, *Rapport au Tribunat* del 26. *ventoso an* 12. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code,* liv. 3. tit. 18. in princ. Troplong. des priv. et hyp. n. 563. 892. 996.

(4) Troplong, ibid. n. 892. dice che quest provvedimento sconosciuto ai Romani fosse stato trovato solo dai Francesi. Eppure vedemmo come i Romani dessero une prima idea: e fosse stato sistemato in Italia nel XIV secolo, prima ancora che Francia imparasse il Diritto comune, o sapesse cosa fosse l'ipoteca.

Questi sistemi generatori dell'odierna ipoteca furono Venezia e il Feudalismo.

Venezia tra tutti i municipj italiani ebbe una vita e una fisonomia distinta da tutti i popoli nel continente. Da reliquie italiane, che il turbine degli Unni avea ammucchiate sulle lagune di Rialto, sorse ricca e potente, padroneggiò i mari; indi tenne un'estesa possessione nella penisola. Come Roma conservò una gelosa individualità, non ammise alcun estraneo elemento religioso o civile, se non dominandolo: organismo politico forte e felicissimo, se l'incivilimento moderno non avesse avuto bisogno di ordini più estesi e più compatti. Ella rifiutò ostinatamente il Diritto romano, e il Diritto pubblico invalso, onde difendersi dal dominio universale dell'Impero romano e del bisantino. Negli antichi statuti (raccolti in cinque libri nel 1242 dal doge Tiepolo) stabiliva che, in mancanza delle leggi patrie, valesse l'analogia, la consuetudine e l'equità del giudice. Ma se si escludeva ogni ingerenza legislativa forestiera, non poteasi però affatto prescindere dal Diritto romano, come scienza, come ragione scritta, quindi come materia e norma della consuetudine e del criterio de' giudici. Imperocchè li statuti porgevano una suppellettile troppo scarsa all'amministrazione della giustizia in un popolo ricco e attivissimo; ed è ben presumibile che di un sì fecondo sedimento giuridico si valessero quei prudentissimi ottimati, fautori caldissimi degli studii nella università di Padova (1), conservatori del Diritto comune in terraferma (2), secondo il quale doveasi rispondere nelle sentenze, e particolarmente nelle appellazioni che di là venivano (3). La loro moderazione e saggezza politica importava che di tutte cose utili approfittassero, senza dimettere lo spirito della natia indipendenza.

Ben a cuore dovea essere la terra ad una città che contendeva le sue fondamenta al mare, meritevole di speciale attenzione la proprietà privata, perciò da regolarsi con qualche istituzione, che la difendesse contro i soprusi de' potenti. A questo fine fu provveduto che nessuna alienazione di stabili potesse esser fatta senza l'intervento de' magistrati, ossia dei giudici esaminatori; i quali doveano vidimare l'atto di trasferimento dopo di aver proclamata la vendita, la permuta o la donazione per le vie e le chiese, ed uditi coloro che avessero alcuna pretensione in contrario (4); o in altro modo colui che volea vendere otteneva dal Doge che col mezzo de' giudici esaminatori si facesse stimare la casa, indi venderla in pubblico; e nel caso che non si potesse ottenere un prezzo conveniente, la Repubblica stessa l'acquistava col ribasso di venti sopra ogni cento di stima (5).

(1) Alla quale invitarono con lauti stipendj i più grandi giureconsulti d'allora: quali Deciano, Menochio, il Cardinal Mantica e Antonio Peregrino

(2) Come si vede dalle opere e consultazioni de' suddetti giureconsulti e specialmente da Peregrino, cons. 65 n. 5. vol. 1.

(3) Decian. *apolog*. cap. 9. Choppin, *de commun. Gall. consuet*. par. 2. § 4.

(4) *Statut. Venet*. lib. 3. cap. 13. e segg. lib. 5. cap. 11. Consulto del Maggior Consiglio del 1288.

(5) *Statut. Venet*. lib. 3. cap. 10 e segg.

E non solo le alienazioni, ma le stesse obbligazioni creditorie ipotecarie doveano pure passar sotto gli occhi de' giudici esaminatori, darsi in nota al loro ufficio, ove si avea un libro alfabetato ed ostensibile a chiunque volesse consultarlo.

Fu questa un'innovazione degna della prudenza civile di Venezia; conciosiachè non sia stata determinata da viste secondarie, bensì dalla cura d'impedire gli abusi della proprietà occulta, secondo che disse il Gritti, nella Correzione 12 maggio 1523: « il che se fosse medesimamente osservato, come converria circa le possessioni di fuora, non seguirieno gli inconvenienti che si veggono; imperocchè, essendo obbligata una possessione, quella stessa viene ancora obbligata od alienata dappoi ad altri, che non hanno notizia dell'obbligazione precedente, a grave maleficio loro. » La giurisdizione di quell'ufficio fu estesa ai possedimenti di terraferma, e ne furono impiantati dei nuovi nelle diverse provincie (1).

Di questa pubblicità si hanno traccie in altre provincie italiane egualmente indipendenti dalle influenze romane: quale fu la Sardegna; della quale disse l'illustre suo storico: « ma sopratutto mi conviene dar cenno dei provvedimenti adoperati acciò fosse minore nelle compre il sospetto di quei carichi, che, chiamati dai legisti pesi reali, fecero sovente batter l'anca per la disperazione ai compratori negligenti o delusi. A tal uopo si ordinava, che lo stabilimento delle ragioni d'ipoteca potesse solamente derivare da una scritta solenne stipulata alla presenza del podestà e del consiglio, e che annualmente si bandisse nelle terre tutte di Sassari la notizia di tutti gli atti di quella natura. La qual cosa (soggiungeremo pur noi colle sue parole, in riguardo eziandio agli Statuti di Venezia) se risponde imperfettamente al bisogno della maggior pubblicità di quei carichi, contiene almeno il germe di quei più ampii ordinamenti, che rendettero poscia così stimata l'iscrizione delle ipoteche (2) ».

**XIII.** La pubblicità ipotecaria fu pure imaginata e annoverata fralle instituzioni civili sotto il regime delle consuetudini feudali delle provincie settentrionali d'Europa. Rappresentando i feudi in origine altrettante frazioni territoriali della sovranità della conquista, tenevano sulle popolazioni soggette un'esclusiva quasi ed immediata signoria. Per molti secoli non valse ad attenuarla l'azione unificatrice del poter regio, del Diritto canonico, e la ragion popolare dei municipj. Invano il re tentava immischiarsi nell'amministrazione della giustizia ne' dominii de' vassalli: perocchè questi difendevano gelosamente la propria giurisdizione, come

(1) Correzioni del Gritti cap. 1. Questa pratica del Zudega degli Esaminator di Venezia fu estesa alle principali città di terraferma colle leggi 13 agosto 1639 per Bergamo, 26 Gennajo 1673 per Verona, 8 Gennajo 1713 e 16 Luglio 1714 per Brescia ed altre città. nel 1721 per Crema: Foramiti, Encicloped legale v. ipoteca vers. sistema ipotecario veneto, tom. 3. pag. 182.

(2) Manno, Storia della Sardegna capitolo 8, pag 392, vol. 1.

mezzo d' indipendenza politica. Però interessava di conservarla, e come puntiglio d'onore, e come fonte di proventi; perciocchè in quella età feroce la vita e la libertà de'soggetti riscattavansi a danaro, la giustizia con larghe propine amministravasi: l' arbitrio del principe, come assoluto, avente ad unica base la conquista e la violenza, non soffriva alcun ritegno. Immense sciagure ne derivarono, che segnalarono il feudalismo alle ire vendicatrici dei popoli. Però tutto non è assolutamente pernicioso in natura: anzi ogni cosa contiene un germe di bene. La giurisdizione feudale, basata sull'autorità assoluta del principe e non sulla libertà temperata dei cittadini, produsse pure alcun effetto benefico ai tempi moderni.

La necessità delle cose che presiede ai natali dell'incivilimento induceva l'arbitrio feudale ad ordinarsi in guisa che facilitasse alla società la via ad acquistare quella complessione robusta, che sola conveniva alla vitalità più intensa e più estesa delle nazioni europee. La giuridica civile dell'antichità s'era fatta impotente a coordinare la conquista, perchè aggiravasi quasi esclusivamente nella cerchia municipale, e lasciava troppo dominio alla libertà individuale, senza preoccuparsi di una più composta organizzazione. Ma la natura dei Feudi, essenzialmente imperativa e limitatrice della libertà individuale, quando si adoperò alla causa dell'incivilimento, in qualche modo lo ajutò. Nè in tutti i luoghi poteva non adoperarsi; perciocchè la moltiplicità degli elementi politici, che dividevano l' Europa, obbligava ciascuno a tenersi vigilante alla propria conservazione, e lo sollecitava a guadagnare il predominio sugli altri. Ciascuno, comunque preoccupato della sua egemonia, cospirava tuttavia al risultato della felicità popolare, alla più capace organizzazione civile. Il solo principio della forza non bastava, perchè la discordia era profonda e generale: nè la forza per se stessa potea essere principio d'unificazione. Bisognava cattivarsi l'opinione e l' interesse del popolo, già allettato dal principio religioso e monarchico. La virtù dell' incivilimento che risorgeva comandava come necessità ineluttabile il saggio governo.

Il principio feudale s'educava dunque alla virtualità unificatrice della monarchia. S' educava: non però rinunciava alla sua origine, alla sua natura. L' autorità del principe s'estendeva immediatamente sulla terra, e l' uomo non era considerato che come suo accessorio. Nei Municipii italiani da antichissimo tempo si compilarono i catastri per ripartire il pubblico censo secondo che richiedevasi dall'eguaglianza de'cittadini. Per lo stesso processo, ma in virtù d' un principio contrario, il Feudalismo descrisse la terra onde assicurare i suoi proventi, nell' interesse esclusivo del principe. In ogni signoria si costituirono delle curie con pubblici libri, ove per ciascuna terra si registravano le prestazioni dovute al signore, le investiture che questi facea a' suoi vassalli, le transazioni che coloro facevano ne' loro privati rapporti, le concessioni de'diritti limitanti la proprietà, quindi le servitù, le ipoteche. E dove i registri pubblici non

erano regolati a questo modo, vigeva l'antica consuetudine feudale derivata dalla legge salica (1), per la quale tutte le transazioni relative ad immobili doveansi praticare avanti il giudice della curia feudale del luogo, e registrarsi da questi ne' suoi atti; quindi per occasione di ciò nessun diritto reale potea costituirsi senza che fosse sufficientemente conosciuto in pubblico (2).

Questa pratica feudale fu osservata presso quasi tutti i popoli d'origine germanica, ed esisteva *ab antico* nelle provincie austriache (3), in Boemia (4), Polonia (5), Prussia (6), Sassonia (7), Lubecca ed altre città e provincie di Germania (8), in Olanda e nel Belgio (9), e nelle provincie settentrionali di Francia sotto il nome di *nantissement* (10). Provvida innovazione fu questa, che influì salutarmente sull' istituzione ipotecaria, appena che la varietà legislativa dei secoli scorsi, ebbe ottenuto un ravvicinamento e una classificazione, che agevolasse alla giuridica il modo di studiarla e perfezionarla secondo i suoi urgenti bisogni.

**XIV.** Le civili discordie del medio evo si composero è vero sotto lo scettro delle Monarchie, ma durarono per più secoli nell'ordine civile e intellettuale. Assai tempo dovea trascorrere prima che l' azione unificatrice di esse ottenesse di tradurre i parziali organismi de' Municipi o dei Feudi a più omogeneo governo, e la prevalenza religiosa limitasse quant'era d' uopo all' autonomia civile. Per tre secoli la legislazione si mantenne contradditoria e disordinata, conservò piuttosto la condizione politica antica, che non riflettesse l' attualità della transizione.

Però nemmanco tuttodì la trasformazione dall' antico al moderno è compiuta. La Monarchia ha come nell' antico Impero romano un' alta missione da proseguire, per la quale conserva quella immanenza fra civiltà e popoli disparatissimi, e quella profonda vitalità, che sotto mille forme la richiama ad ogni periodo istorico: vitalità che non può altrimenti spiegarsi, ove non si consideri che siccome l'espressione di alcuna delle leggi fondamentali dell'incivilimento.

Nata nell'oscurità de' tempi, ella rappresentò quel naturale bisogno di

(1) Riportata da Eineccio *Elemen. jur. German.* lib. 2. tit. 3. §§ 75. 80.

(2) Nell' antica legge ripuaria, tit. 60. § 1. esigevasi per il trasferimento della proprietà la tradizione alla presenza di 24 testimonii, cioè di 12 uomini e di 12 fanciulli. Dovea inoltre secondo Eineccio, loc. cit. § 71. il compratore *et unicuique de parvulis alapas donet, et torqueat auriculas, ut ei postmodum testimonium præbeant.*

(3) Nippel, comento al § 451. n. 5. Cod civ. austriaco.

(4) Arturo Duck, *de usu et auctor. jur. civ. Romanor.* lib. 2. cap. 15. n. 11.

(5) Idem, ibid. cap. 11. num. 7-9.

(6) Pietro Müller, in notis ad *Struvium syntagma jur. Exercitatio* 26, tit. *quæ res pignori.* thes. 22.

(7) Perezio in Cod. *quæ res pignori.* n. 1.

(8) Mœvius, *ad jus Lubecens.* lib. 3. tit. 4. art. 1. 30. et seqq. Art. Duck, ibid. lib. 2. cap. 2. n. 15. 16.

(9) Voet, in pand. *de pignorib.* num. 9-11.

(10) Grenier, *rapport au tribunal*, 26 ventos. an. 12. Merlin, *Repert. v. hypothèques.* sect. 1. § 5. num. 14; e sect. 2. § 3. art. 1. num 3. Maleville, Analyse du code, liv. 3. tit. 18. Tarrible, *Repert. v. Inscription.* § 2.

ordine e d' autorità collettiva, colla quale l' idea religiosa di patria e di popolo avesse un' effettiva personalità e un sistema d' azione. Ella meritò gli onori della divinità e un culto proporzionato alla grandezza della nazione. Il potere civile fu immedesimato col religioso, sull' altare della patria s' immolarono olocausti agli Dei, nelle famiglie de' regnanti fu reclutato il politeismo, nelle favole de' poeti adombrati i fasti civili: tutto il mondo morale e giuridico fu circondato di religiosi misteri. Era l' infanzia dell' umanità, presso la quale ogni autorità giuridica fu assoluta, incondizionata: autorità di vita e di morte fu quella del padre; quindi il popolo proprietà e famiglia del monarca.

I destini del potere civile come fattore d' unificazione civile e politica, corrono assai paralelli all' influenza della religione: ambedue rappresentano quella necessità dello spirito per cui tende all' assoluto, alla sintesi suprema dell' intelletto e del mondo morale. Ma sotto questo involucro intellettuale e politico la società nella lenta azione del tempo dall'incomposta agglomerazione degli individui si compone ad un tutto vitale, mediante lo sviluppo delle sue forze naturali; si organizza colla scienza e colle instituzioni civili ad una vita collettiva, che ognora più s'accresce, finchè ogni cittadino collo sviluppo della sua civile libertà senta in sè l' autorità di sè stesso. Indefinitamente sviluppandosi la scienza e la libertà individuale, s'estendono nel campo fin'allora occupato dalla spontaneità religiosa e monarchica, e la religione e la monarchia per esse realizzano in parte la propria potenzialità, i propri ideali.

Imperocchè esse costituiscono la somma determinazione e la finalità dell' incivilmento: ossia cospirano e indirizzano agli innati ideali del vero e del bene, ai quali non possono i popoli pervenire che cogli sforzi della libertà, colla virtù e colla moralità di molte generazioni uniformemente condotte colla stabilità della tradizione scientifica e delle instituzioni civili. Formulare gli innati ideali non è ciò cui si limita la religione; ma la sua altissima missione consiste nel sospingere alla di loro realizzazione. Il lavoro effettivo di questa realizzazione è ciò che noi diciamo incivilimento, nella parte intellettuale colla scienza, nell'ordine morale colla libertà. Religione e scienza non sono dunque termini contradditorj: collimano anzi essenzialmente nello stesso fine. Imperocchè due sono i momenti d' ogni lavoro intellettuale: chè prima lo spirito si sovrapone al mondo morale e fisico colla sintesi assoluta religiosa, indi col lento portamento dell'analisi viene da sintesi parziali ognora più progressive e capaci ad avvicinarsi all' unità finale dell' intelligenza. Per tal guisa lo stimolo religioso col lavoro scientifico, da idea trascendente diviene positiva e civile; lo stimolo morale del bene e della perfettibilità umana coll' educazione della libertà diviene principio d' azione e di progressivo ben'essere. Se prima la religione dominava su tutta l' attività umana, ha ceduto una parte del suo dominio alla scienza e all'autonomia civile; ma con questa cessione non ha abdicato, ma piuttosto delegato il suo potere.

Così la monarchia in confronto alla popolare libertà, da spontaneità provvidenziale e divina si fece sempre più limitata e moderatrice; perocchè anch'essa suppone la libera attività del cittadino, che si presti a costituire il meccanismo sociale nell'interesse finale dell'incivilimento.

La monarchia riassume la causa di questo, e, sviluppandosi l'elemento popolare, non cessa di rappresentare l'umanità nella sintesi politica, in questo eterno bisogno di dirigere l'educazione civile tralle ire de' partiti nella lenta transizione dal diritto divino al diritto umano, dal predominio della forza al regno della libera opinione, dall'elemento religioso al scientifico, dal locale al generale, dal privilegio alla legge, dalla casta al popolo. Vario è il cammino dell'incivilimento, ma le sue leggi vitali sono costanti: la monarchia riassume le forze della nazione e rappresenta la sua individualità: la sua potenza è maggiore nell'accresciuta vitalità del corpo civile. Rappresenta lo stato, ma non vi si sostituisce; le particolari attività non crea, ma fomenta, le modera, non le avversa; coll'opera moderatrice conforta la sua autorità imperativa. Per queste utili funzioni del potere unificatore e dell'attività popolare l'incivilimento è uscito a quest'ora da quel *fatale ricorso* che il genio di Vico avea compianto sui destini di Roma. Durissime prove ha perdurato, da mille pericoli fu cimentata la sua esistenza: ma nella sua grandezza sviluppò tanta forza, che nulla di eguale potea imaginare l'antichità favolosa. Il che prova che ambedue i termini sono necessarii all'armonia vitale dei tempi nuovissimi.

**XV.** La giuridica è la scienza che somministra al potere unificatore civile colle sue ultime conclusioni le norme direttrici dell'incivilimento. Il potere civile se le appropria e le mette in atto coll'imperativo della legislazione. L'unificare le discordi attività suppone che di esse si possieda un'adeguata conoscenza, e questa si apparecchi come materia ben disposta alla possibile composizione. Nè questa è possibile senza una chiara cognizione metodica, e una viva penetrazione del suo proposito finale. A questi titoli l'eccellenza della giuridica su tutte le altre scienze è inarrivabile; ella diviene il massimo de'fattori dell'incivilimento nell'ordine intellettuale, la corona della storia e della filosofia, la condizione per la quale si realizzano i sentimenti religiosi del bene morale. Però quest'eccellenza non le è acquistata soltanto per un privilegio di nascita, come collocata dalla natura al governo della civiltà; il suo compito è in proporzione più faticoso, e per l'estensione della materia, e per le difficoltà riflessive del soggetto. Il che solo spiega com'ella sia stata l'ultima a risorgere dall'oscurità del medio-evo; e questo suo tardivo sviluppo nel processo vitale della riflessione scientifica, chiaramente dimostra, come esiga una più robusta complessione dell'intelligenza nazionale.

I suoi veri non sono di così ovvia e stabile concezione, come le

nozioni pure de'matematici; le quali, essendo somministrate in via diretta dall'intuizione e dalle leggi formali dell'intelletto, sono costanti, uniformi ed omogenee; epperciò sopra di esse con tutta sicurezza si esercitano le funzioni dell'analisi e della sintesi. Ma le nozioni della giuridica sono nella massima parte somministrate dall'attività umana, dal sentimento sfuggevole, e dalle sue multiformi espressioni; sua materia è quel complesso di fenomeni, che diciamo società, e progresso, e che varia secondo i vari sedimenti istorici della civiltà; cui l'osservazione del naturalista può valutare coll'opinione, non però esattamente descrivere. Diversa è la nozione di persona civile nel panteismo orientale da quella fortemente individuata dell'Europa: diversa quella del suddito da quella del cittadino; diversa secondo l'età e il sesso; diverse e complessive e mutabili sono tutte le nozioni di proprietà, di consenso, di libertà, d'obbligazione: mutabili le condizioni psicologiche ed economiche e politiche, entro le quali versa l'attività umana, che si dice diritto. Instabili essendo le nozioni, come si può accertare la stabilità de' loro rapporti?

L'industria della giuridica somiglia assai più a quella delle scienze osservatrici della natura fenomenale, la cui varietà e contingenza ne' confronti dell'esperienza si combina sotto l'efficienza di leggi sempre più universali e costanti; e la somiglianza riesce assai più evidente nell'atto che la giuridica si accinge nella filosofia della storia a cercare le leggi fisiologiche dell'incivilimento; le quali non sono che la riproduzione delle leggi costitutive l'attività individuale nell'ampia arena della storia.

Però nemmanco la teorica dell'incivilimento si può approfondire, e tanto meno l'attualità morale e politica si può sottomettere al lavoro induttivo della scienza, così come farebbero i naturalisti. Costoro cercano le leggi regolatrici della natura fenomenale, che è preesistente e preordinata; le quali leggi perciò preesistono. L'ingegno scrutatore non ha che a trovarle. Essi cercano la ragione di ciò che è, studiano il reale, il sistema del reale; ma non ci mettono nulla del proprio: il loro studio è essenzialmente ordinatore e osservatore. La giuridica osserva anch'essa la natura dell'umana attività, e risale come il naturalista coll'ordinario metodo induttivo alle leggi generali ed elementari dell'attività umana. Ma questo lavoro non è che una propedeutica alla vera sua missione: è piuttosto di competenza dell'antropologia. La giuridica deve invece trovare o imaginare le leggi, che regoleranno in avvenire l'attività morale attualmente disordinata; deve inalzarsi ad un ordine morale, che oggidì non esiste, o non è ancora perfettamente ideato e sistemato; ella cospira a trovare delle leggi e delle instituzioni, che assicurino il regno della giustizia e della felicità, la realizzazione degli ideali religiosi nella condizione civile. La sua legislazione adunque non può essere somministrata dall'induzione de' naturalisti. La sua induzione è diversa, è più faticosa; perocchè non può cimentare le ipotesi sue coll'osservazione e coll'esperienza di fatti che non accaddero, ne'poteano accadere prima che le leggi imaginate fossero

poste ad effetto. Però la sua è vera induzione: conciosiachè il suo uffi-cio è quello di elevare le particolari attività de' cittadini a forma di legge civile secondo un proposito civilizzatore. Ottima sarà dunque l'opera sua, se opererà secondo le naturali esiggenze del metodo prescielto.

Questo suo processo induttivo ha un movimento dialettico determinato dalle tre leggi fondamentali dell'attività umana. La libertà economica, la intellettuale e la morale o giuridica degli individui costituiscono le sue tesi fondamentali. Quindi essa è primieramente assertiva dell'utilità, della fede personale e della libertà individuale. Ma le attività sono disordinate, e l'individualismo ostilmente si pone contro l'ordine civile; nuove determinazioni insorgono nei cresciuti commerci, nel progredire dell'opinioni e delle politiche suscettività; le antitesi sorgono da ogni canto. Bisogna comporle; e si compongono in due modi: o in modo negativo analittico ritoccando le antiche asserzioni, e costringendo la libertà nei veri suoi confini; e quando ciò non basta, o tornerebbe a discapito della salute pubblica, gli antagonismi si conciliano colle instituzioni, e le antinomie degli aforismi co' principi sempre più generali della scienza. Colle instituzioni costringe la libertà imponendo un determinato modo d'azione all'attività individuale; quindi tronca le dispute col dogmatismo delle leggi, e coll' autorità de' giudizii; colle successioni impedisce il conflitto delle nuove generazioni sulle spoglie de'defunti; co'matrimonj e le tutele stabilisce un'equilibrio tra le persone deboli e le potenti; co' cadastri fa coesistere il privato col pubblico interesse; colle pubbliche tavole guarentisce la pubblica fede contro il *summum jus* della proprietà individuale; colle instituzioni insomma fa delle attività repugnanti, ciò che la sintesi induttiva fa delle contraddizioni logiche.

Con questo processo dialettico la giuridica si eleva creando instituzioni organiche sempre più generali e corrispondenti allo sviluppo delle attività economiche e morali; e le repugnanze logiche sopprime salendo a principii sempre più generali e più semplici, e quindi a nozioni sempre più perfette. Quindi la sua dignità esteriore di scienza aumenta, senza pretendere d' essere la scienza dell'assoluto. Ella adora la giustizia, non la possiede; è infine opera umana, imperfetta, ma progressiva. Essenzialmente induttiva ed empirica non adegua le matematiche nell' immediata certezza; ma, se queste costituiscono un purissimo raggio dell' attività intellettuale, che penetra co' numeri suoi le arcane volte del firmamento, la giuridica è l'arte dell'umanità, che entra nel grandioso meccanismo della natura a realizzarvi coll'incivilimento un intero ordine morale. Le matematiche ajutano lo spirito nell'osservazione della natura: la giuridica è l'opera stessa della natura umana, che acquista virtù ed esistenza collettiva per la coefficienza di tutte le sue forze elementari, e per lo sviluppo d'un organizzazione morale, dove l'individuo e le generazioni cospirano in un ordine progressivo e fecondo di bene.

Però la sua dialettica ponendo le instituzioni e i principj generali di

una scienza più universale, non va sempre direttamente allo scopo; ma, funzionando sopra alcuna delle fondamentali determinazioni dell' attività umana, s'allibra tra il bene e il male, sciegliendo il maggior dell'uno e il minore dell'altro; ella non è quindi benefica in grado assoluto, ma come inventrice, subisce tutte le passioni e le illusioni della natura umana. Nè sempre l'opera sua è compaginata dappertutto in modo uniforme; ma assai diversamente secondo il carattere nazionale, ossia il predominio di alcuno dei tre ordini rappresentativi dell' umana attività, cioè l'economico, il giuridico e l'intellettuale. Ella progredì piuttosto nell' uno che nell'altro ordine, secondo che i tempi o i luoghi portavano un maggior sviluppo dell' uno o dell' altro; quindi fu specialmente politica a Roma, ove si tentarono le due gigantesche costruzioni dell' Impero romano e dell' Impero cattolico-germanico; fu specialmente economica nei Municipi, e in Francia per la prevalenza degli interessi materiali; fu specialmente intellettuale in Germania, ove la filosofia moderna si educò a tanta energia di sistemi. Ma il sommo bene dell'incivilimento non è che l' armonico risultato di tutti quegli ordini: l' utilità sensibile è condizione dell' umanità in ciò che tiene alla terra; l'energia morale è la forza che la sospinge alla conquista dell' ordine morale; la cui forma è tracciata dalle leggi universali dell' intelligenza.

E la Monarchia, espressione di questa determinazione politica, quando saggiamente lavorò all' unificazione dell'elemento popolare, più che ogni altra forma di governo fu efficace nel promovere questo provvidenziale sviluppo.

La storia della legislazione ipotecaria de'tempi moderni ci somministra di ciò un documento parziale bensì, ma insigne.

**XVI.** Dopo l' unificazione nazionale di Luigi XI e di Richelieu, un grande avvenire si apriva alla monarchia francese, ove avesse prudentemente adoperata la sua missione. Il prestigio della forza e lo sfarzo di una coltura alimentata dalle spedizioni d' Italia la lusingavano del primato europeo. Ma essa fu troppo facilmente lieta d'avere umiliata agli omaggi di corte la feodalità, e allettato colle connivenze i parlamenti delle provincie; e non vidde che le importava d'unificare organicamente la nazione, trasformandola con ferme instituzioni, che l' attività popolare sviluppassero grado a grado tra gli imbarazzi delle instituzioni antiche. Due errori gravissimi avventuravano il regio potere all'arbitrio della fortuna. Credeasi che la volontà personale del monarca bastasse a tutto, invece che le influenze personali da sè sole, se allettano la vanità del principe, non assodano il principato; nè per grande che sia la sua personale energia non regge sempre alla resistenza delle classi soverchiamente preoccupate del proprio interesse. Il re personificava lo Stato a questo solo titolo, che lo Stato ricevesse da lui una forte e progressiva sistemazione; ma tutt' al contrario credeasi dividendo padroneggiare le diverse classi.

Con ciò lo stesso potere s'indeboliva. Esitante fra le libertà gallicane e l'autorità di Roma, dalla legittimità del diritto divino all'interesse popolare non sapendo prudentemente transigere, la monarchia francese attentava alla propria autorità, per difetto d'un criterio d'unificazione, che sapesse padroneggiare i tempi nuovissimi. Quindi nell'ordine civile l'indecisione e l'arbitrio assoluto del re traduceasi nella licenza d'una corte, ove la feudalità conservata come sostegno del trono scontava la sommessione sui patimenti del popolo. Tutta la somma delle cose elaboravasi in questo centro, ove perdominava la frivolezza del partito. Dilapidato l'erario, impuniti i soprusi nell'adulazione e nell'intrigo, il buon volere del re non poteva penetrare negli stati inferiori della nazione con un'azione benefica, costante e uniforme.

Il terzo ceto, sul quale ricadeano tutti i pubblici aggravi, s'inaspriva sempre più contro siffatto governo, e trincierandosi ne' parlamenti s'opponea ad ogni moto di regia concentrazione. La borghesia crebbe inavvertitamente su tutta la superficie della Francia: e crebbe in un atteggiamento pronunciatissimo alla civile resistenza. Generale era il sentimento di radicali riforme, e le si tentarono, ove più agevolmente si potea, nelle discipline economiche. La scuola fisiocratica avea mirato al problema sociale prendendolo alla radice, alla proprietà fondiaria, all'agricoltura; dalla terra produttrice agli agenti produttori non era un troppo lontano cammino. Si pensò quindi a ristorare il credito fondiario. Gia Enrico III. coll'editto dell'anno 1581 volle estendere a tutta Francia il regime ipotecario del sistema feudale; ma dovette revocarlo sette anni dopo (1): probabilmente per l'ambizione de' parlamenti, che voleano usurpare l'autorità legislativa (2). Colbert ritornò all'opera, e coll'editto del marzo 1673 accennò di stabilire delle cancellerie in ciascun baliaggio del regno, ove tutte le ipoteche, escluse quelle delle mogli e de'minori, fossero inscritte entro quattro mesi (3). Fu come si parlasse ai venti. Comunque i parlamenti sotto Luigi XIV non ardissero indugiare nell'obbedienza (4), tuttavia, vedendo sfuggire le propine delle liti interminabili, brigarono alla corte instigando i nobili, cui l'occultezza dell'ipoteca procacciava l'impunità del discredito. L'editto fu revocato l'anno seguente (5). Luigi XV diè fuori l'editto del giugno 1771, ed ebbe miglior fortuna; quantunque neppur esso fosse accettato da tutti i parlamenti (6). Però

(1) Troplong, des priv. et hyp. num. 561. che cita Basnage, hyp. chap. 1.

(2) Veggasi Mably. Observations sur l'hist de France liv. 8. chap. 3. et suivr.

(3) Pei regnicoli, ed entro sei mesi per gli stranieri: Grenier, rapport au Tribunat, 26 ventoso an. 12. *Maleville Analyse du Code liv.* 3. tit. 18. in pr.

(4) Thiers, histor. de la révolution fran. liv. 4. in prin. Mably, loc. cit. lib. 8. ch. 6.

(5) Colbert nel suo testamento politico assegna appunto in queste brighe la causa della revoca. Treilhard, ne motivi del tit. 18. lib. 3. del Cod. Nap. Persil, Quæst. hyp. preface. Grenier, loco citato. Troplong, des priv. et hyp. n. 561. 562.

(6) Rifiutarono la registrazione dell'editto i parlamenti di Aix, Perpignano, e Rennes, che pure erano retti a Diritto scritto; quelli di Douai o di Arras aveano ragione di preferire il regime del *nantissement*. Maleville e Grenier, loc. cit. Troplong. des priv. et hyp. n. 563.

a che cosa provvedeasi? Null'altro che a liberare i compratori dalle ipoteche, con una specie di giudizio delle Gride: come accennammo di sopra. Non si pensò di fondare l'ipoteca sopra le sue basi naturali, ma di disfarsene nell'interesse del possesso fondiario.

Impotente il governo regio fin'anco nell'autorità legislativa, non potea impedire che la nazione covasse terribili disegni nelle intestine discordie. La condizione civile peggiorava ognidì nella licenza de'poteri subalterni, e del suo mal contento il popolo accagionava il governo, e le ire riformatrici aizzava contro il sistema politico e religioso. La letteratura e la filosofia atteggiava l'opinione pubblica a profonda reazione. Tutto il secolo XVIII si riassume in questa appassionata antitesi contro il mondo antico, sì nell'ordine razionale, che nel religioso e politico. L'opinione pubblica, nuova espressione dell'elemento popolare, prima colla vena irresistibile del ridicolo, indi col concitato linguaggio della passione e colla lucidezza delle teorie organizzava le masse alla resistenza, e sospingevale all'aggressione. Il pensiero divenne la più potente leva d'azione: uscito dall'oscuro ritiro del filosofo invase le officine, chiamò a raccolta gli interessi, collegò remote provincie, penetrò gli strati inferiori delle plebi, investì le molecole del sistema politico, le animò: l'edifizio antico fu fatto maceria, indi improvvisa rovina.

Ne' giorni della rivoluzione si vidde in presenza il sistema personale aulico rappresentato da un ottimo uomo, e l'elemento popolare travolto in una tempesta, che non risparmiò nè individuo, nè partito. Erano i tempi di Silla fatti più tremendi per gli accresciuti mezzi di distruzione, e il più intenso fervore della vita pubblica. La passione del partito fu un transitorio mezzo d'unificazione politica; quindi l'organismo civile fu con prodigiosa velocità modificato. Caddero ad un colpo tutti i privilegi feudali e clericali: l'amministrazione pubblica ridotta al centro, e da indi diramata fortemente su tutta la superficie della nazione. Ma il partito non era il popolo, nè questo potea assidersi stabilmente nel nuovo ordine di cose, finchè non fosse sedato l'orgasmo rivoluzionario. Ma questo orgasmo perpetuava la guerra civile; solo potè nella carità di patria presentarsi alla sfida europea con una terribile simultaneità di aggressione; ma in breve la rivoluzione nelle sue viscere istesse diè luogo ad un mortale languore, e si riassunse colle leggi e il compatto organismo amministrativo di Napoleone.

Sotto i suoi auspicii si volle sistemare tutto il diritto civile: opera la più grande che il suo genio commettesse nell'interesse dell'incivilimento. Ma l'esito non corrispose a' suoi voti ardenti, per la precipitazione con cui si vollero realizzati. Imperocchè l'unificazione del diritto civile è opera matura della lenta riflessione, non del bollore tumultuoso delle tribune.

**XVII.** Tutte le assemblee rappresentative della rivoluzione si occu-

parono dell'instituzione ipotecaria (1): infine nella Convenzione nazionale fu addottata la legge del 9 messidoro anno III (2).

Se si ha riguardo ai precedenti legislativi della nazione francese, si deve dire che quella legge fu concepita con arditezza meravigliosa. Imperocchè trattava l'ipoteca fuori della gretta definizione forese, e la rendeva capace di tutta l'utilità sociale cui era predestinata. L'Ipoteca, amiamo ripeterlo, dovea elevarsi alla sua perfezione, quando divenuta fosse la forma giuridica di quella legge economica, per cui la proprietà fondiaria non presta tutti i suoi ufficii, se non colla facoltà di mobilizzarne il valore secondo il bisogno. Sua forma immediata di mobilizzazione è il credito, pel quale i capitali altrui vi si adagiano. Ad ottenere questo scopo abbisognava di trovare un sistema, per cui questo congiungimento non offendesse la natura e della proprietà e del capitale: non la proprietà, perchè se vi perdesse mancherìa lo scopo dell'ipoteca: non il capitale, perchè se pericolasse o diminuisse nella sua libertà non si moverebbe certo a beneficio del credito. Per conservare questi due termini abbisognava, che l'ipoteca avesse questi tre caratteri: la *pubblicità* conveniente per essere veramente reale: la *specialità*, cioè fosse determinato il valore del capitale e il fondo sottomesso: e finalmente che il credito risultante dall'ipoteca fosse suscettivo di libera circolazione.

L'esperienza del Diritto romano mostrò colla più dolorosa evidenza l'impossibilità delle ipoteche occulte. Deve essere l'ipoteca eziandio speciale, perchè dev'essere presa in proporzione del bisogno, e il capitale deve quanto più è possibile limitarsi ad una proporzionata quantità del valor fondiario; chè altrimenti la proprietà rimarrebbe aggravata oltre il bisogno e il vantaggio che ne risentisse. L'ipoteca deve inoltre favorire la mobilizzazione del valor fondiario ossia del capitale impiegato; avvegnachè il capitalista, che ha fatta la sovvenzione al proprietario, ha un diritto corrispettivo, il quale economicamente ha lo stesso valore del capitale somministrato, un diritto, il quale rappresenta il valor fondiario mobilizzato; quindi la libertà economica esige ch'egli possa agevolmente disporre alla sua volta del suo diritto, ossia del corrispondente valore. Se perciò l'ipoteca attribuisce al proprietario la facoltà di mobilizzare il valor dell'immobile senza rinunciare alla proprietà mediante il beneficio del credito, devesi pure permettere al capitalista divenuto creditore d'ulteriormente mobilizzare per proprio conto questo valor fondiario, allettando altri capitali a sostituirvisi.

La legge del Messidoro raggiunse tutti questi vantaggi, almeno nel suo concetto fondamentale, e fatta astrazione dai molti suoi difetti di dettaglio inevitabili in un'opera di fresca imaginazione.

La trista esperienza di molti secoli, e l'esempio delle provincie rego-

(1) Treilhard, motivi del Cod. Napol. til. 18. liv. 5.

(2) 30 Giugno 1795, secondo il computo del Dr. Bosellini, leggi ipotecarie, Introduz. § 127. Merlin. Repert. v. hypoth. sect. 2. L'autore di questa legge fu Jollivet.

late dal sistema feudale aveano preparate le menti al reggime della pubblicità: come quella che sola prestava la forma veramente giuridica al diritto reale d'ipoteca (1). Creavasi in ciascun distretto giurisdizionale d'un tribunale civile un ufficio con registri, ove si dovesse inscrivere qualunque ipoteca o qualunque credito privilegiato. Non si accordava realtà e prelazione alle ipoteche posteriori a quell'anno, se non dal giorno in cui fossero inscritte. Però questa pubblicità saria riuscita illusoria spesse volte, se il diritto stesso di proprietà non fosse egualmente conosciuto in pubblico; perciocchè l'ipoteca non è che un contenuto della proprietà stessa, che le presta l'essenziale fondamento. Si statuì adunque che qualsia alienazione necessaria o volontaria, sotto pena di nullità, dovesse essere ricevuta negli atti de'pubblici funzionari, previa la trascrizione o *dichiarazione fondiaria* presso l'ufficio del conservatore delle ipoteche, allo scopo che i terzi fossero avvertiti de'seguiti trapassi. Le stesse formalità erano prescritte per coloro, che avendo a promuovere un'azione risolutoria, volessero impedire le ulteriori ipoteche del possessore. Rassicurata la pubblicità delle ipoteche e dei dominii, venivasi a sistemare il credito statuendo, che a qualunque diritto creditorio fosse inerente per legge il titolo all'ipoteca; purchè il credito fosse provato in modo autentico. Questo non era un favorire la proprietà: era però un'importante garanzia del credito, cui non sono mai soverchie le precauzioni, nè mai soverchie le cure onde facilitargli le benefiche funzioni.

Però la legge del messidoro non riescì troppo felice nella specialità dell'ipoteca; perciocchè permetteva che si prendessero inscrizioni presso qualunque ufficio, anche di que'circondarii ove il debitore non possedesse alcun bene; di modo che doveasi riservare a questi la facoltà di ridurre le inscrizioni eccessive nella misura della cauzione legale, complicando così il sistema e cagionando inutili spese e molti litigi per la concorrenza delle ipoteche generali colle speciali. Nè loderemo il processo rapidissimo d'esecuzione, che incominciava venti giorni dopo la denuncia del pagamento, e rovinava il proprietario nell'impossibilità di provvedere al riparo. E molto meno loderemo il proposito di conservare la purgazione forzata dalle ipoteche nel caso delle alienazioni volontarie; perciocchè la fede de'contratti di credito devesi pur rispettare, e repugna alla realità del credito ipotecario non scaduto, che non possa sussistere contro l'avente causa del debitore. L'interesse della proprietà può benissimo conciliarsi con quello de'creditori, e non importa che l'uno all'altro si sacrifichi. Data la pubblicità assoluta de'dominii e delle ipoteche, la proprietà può alienarsi liberamente, l'acquirente non teme più il pericolo dei pesi occulti, e i manifesti ci può dimettere col prezzo d'acquisto, rispettando que'pochi che non fossero per anco scaduti. Dopo

(1) Merlin. Repert. v. hypothèques, sect. 2. in prin. Treilhard, motivi del tit. 18 liv 3. Cod. Nap Grenier, hypoth. discorso preliminare.

sistemato il reggime ipotecario a dovere, era dovere dei legislatori di lasciare ai cittadini la cura di regolare i proprii diritti, di raccomandarne l'osservanza, anzichè favorirne la violazione.

Ma l'eccellenza del sistema che esaminiamo consisteva nel terzo assunto di attribuire al capitale ipotecario una virtù di circolazione, per cui il creditore innanzi la scadenza potesse realizzare in commercio il suo diritto.

Questa legge fu appunto per ciò fatta bersaglio alle ire de'giureconsulti, che non si curarono mai di vedere nell'ipoteca la forma giuridica d'un' importante teorema economico. Noi non diremo in lodandola che avesse trovato il migliore espediente, come vedremo in appresso. Ma il suo pensiero legislativo è superiore ad ogni critica, come quello che tende a realizzare la suprema formula dell'ipoteca. S'imaginò che il proprietario, sotto l'autorità del conservatore, potesse mobilizzare il valore de'suoi fondi, creando una ipoteca sopra sè medesimo, per un tempo determinato non eccedente gli anni dieci, col mezzo di cedole ipotecarie portanti il debito minore di tre quarti del valor capitale libero de'beni designati nella cedola stessa, computati i pesi ipotecarj preesistenti. Il valore desumevasi mediante perizia a cura del conservatore, che n'era garante verso il pubblico. Questa cedola o segno rappresentativo del valor fisso del fondo, realizzavasi colle girate, però senza garanzie de'giratari intermedii, ed avea forza esecutiva (1).

L'ipoteca diveniva così come la carta monetata, una forma giuridica di valori trasmissibili, colla differenza, che nelle obbligazioni di banca o dello stato la vera garanzia consiste nel credito del banchiere o del governo: in queste obbligazioni ipotecarie il credito posava direttamente sulla proprietà privata, e nella pubblica fede de'magistrati.

**XVIII.** La legge del messidoro fu abbandonata, non perchè fosse difettiva la sua compilazione e si volesse ripulirla o sostituirvi qualche altro sistema più proficuo all'attuazione dello stesso principio legislativo; ma fu gittata in un canto appunto per quelle disposizioni, colle quali dicemmo che avea formulato pienamente il teorema economico dell'ipoteca. I giureconsulti non seppero perdonarle d'essere uscita dalle tradizioni del passato, e le si avventarono contro con ragioni tali, che se l'avessero ferita daddovero, non avrebbero lasciata sopravvivere l'ipoteca stessa. Diceano e ripeteano: l'ipoteca cedolare smuovere e crollare la proprietà fondiaria, creare potenti mezzi di dissipazione: così Grenier (2) e Persil (3). E più tardi Troplong col suo nerbo oratorio rincalzava: la legge del messidoro essere troppo impregnata dello spirito di fazione,

(1) Questa legge si trova inserita nel Repertorio di Merlin, v. Hypothéq. Sect. 2. § 1. e in fine dell'opera di Grenier sulle ipoteche.

(2) Grenier, nel rapporto al Tribunato del 26 ventoso, an. 12., e nel discorso preliminar del suo trattato delle ipoteche.

(3) Persil, Quæstions hypoth. preface.

che volea rivoluzionare la proprietà; epperciò essere radicalmente impraticabile, e profondamente antipatica ai bisogni, che la saggezza del legislatore deve specialmente proteggere (1); per essa il legislatore aver voluto mobilizzare il suolo in tutta l'estenzione della parola (2), metterlo nel portafoglio, e convertirlo in una nuova specie di *assignats* (carte di debito pubblico), che infallibilmente non si sarebbero potuti negoziare senza perdita, e come palliativo dell' usura la più spietata: seminare ostacoli intorno ai padri di famiglia, eccitare e inflammare la libidine del cambiamenti, i progetti azzardosi, il furore della speculazione: scavare un abisso ove precipitare il proprietario. Così un giocatore, uno scommettitore potea azzardare in un'attimo tutto il suo patrimonio, le fortune più grosse sariansi dileguate, e lo spirito d'agiotaggio saria subentrato allo spirito della proprietà e dell'economia (2) ».

Mobilizzare la proprietà fondiaria: ecco la terribile accusa!

Ma e l' ipoteca non è per se stessa la parziale e proporzionata mobilizzazione del valore della proprietà fondiaria? Epperchè adunque non la si abolisce pur essa, e si tolgono tutti questi mali dalla radice? O vuolsi rispettare la libertà del proprietario di disporre delle cose sue secondo meglio gli talenta, e questa libertà sarà piuttosto da favorirsi: o la si vuol costringere, sostituendo la legge all'arbitrio del privato, ed allora bisognerà cercare chi provvederà meglio all'interesse del privato che non il privato stesso. E non par' egli simile, anzi identico questo caso con quel famoso di Licurgo, che per far sobrii e avari i suoi cittadini aboliva l' oro e l' argento nelle suppellettili e nelle monete? L'eccellenza della legge del messidoro consiste appunto nell'aver facilitata la funzione economica della mobilizzazione in due modi: l'uno nella facile girata del documento ipotecario guarentito dal conservatore; l'altro nella formazione di questo documento, che colla ipoteca sopra sè medesimo, si forma prima d'essere gettato in commercio. Il primo modo è dell'essenza d' un buon sistema ipotecario; perciocchè il valor fondiario mobilizzato col credito non deve rimanere indisponibile nelle mani del creditore, che l' ottenne pel primo, ma come ogni altro valore dev' essere suscettivo di concambio; a meno di cadere nello sconcio, che la proprietà fondiaria fosse mobilizzabile col credito, e il capitale mutuato per essa nol fosse pure. Il presidente Troplong dichiarerebbe esplicitamente che « se la legge del messidoro fu respinta con orrore per la scossa terribile che ella dava alla proprietà fondiaria, non è perchè ella autorizzasse la cessione dell'ipoteca col modo facile e pronto della girata. La circolazione più o meno rapida dell'ipoteca non ha nulla d' inquietante: al contrario, quando più ella è attiva, tanto maggiore è il movimento degli affari, e la confidenza nei prestiti ipotecari (3) » Dunque, insistiamo pur noi,

(1) Troplong, des priv. et hyp. num. 564.
(2) Troplong, de la vente, num. 906.
(3) Troplong. vente, num. 906.

il pensiero dell'illustre giureconsulto francese va interpretato restrittivamente in ciò, che la mobilità del credito ipotecario è da lui difesa; quindi in suo riguardo la legge del messidoro non poteva essere impraticabile o antipatica ai bisogni civili; era progressiva secondo il benefico sviluppo dell'incivilimento, non rivoluzionaria e perniciosa. Il capitale imprestato poteva benissimo essere tradotta in titoli girabili come gli effetti cambiari; e, comunque il creditore avria potuto abusarne, spendendoli con scialaquo, o gittandoli nel vortice della speculazione e dell'azzardo, tuttavia la legge dovea e facea un' ottima cosa nel provvedere alla libertà e speditezza delle contrattazioni.

Noi non vediamo che si possa dire altrimenti del secondo partito proposto dalla legge del messidoro, circa l'anticipata affettazione della proprietà stabile col mezzo delle ipoteche sopra se medesimo. L' opinione contraria del celebre comentatore ci sembra in ciò apertamente contraddittoria. » Il vizio radicale della legge del messidoro, egli soggiunge, consisteva nella costituzione stessa dell' ipoteca, non già nella facilità della sua trasmissione. Ella permetteva di prendere l' ipoteca sopra sè medesimo, cioè prima che il proprietario avesse contratto alcun debito verso i terzi. Non era più l'ipoteca ordinaria, secondo l'idea che ne hanno tutti, quella cioè che viene ad aggiungersi a un debito preesistente per guarentirlo. Qui l'ipoteca precedeva l'obbligazione, ed avea data prima del bisogno, quindi lo facea nascere, lo stimolava e spingeva all'eccesso. Un uomo che non avesse debiti, rompendo tutte le barriere, che il diritto civile frappone alle disposizioni abusive della propietà fondiaria, potea procurarsi credito in un momento, presentandosi al conservatore; da qui tutti i guai (1) che accusammo di sopra ».

Lo dicemmo pur noi che la legge del messidoro creava un sistema ipotecario per via diversa di quella tracciata fino allora dalla giurisprudenza antica. Ma e che perciò? Il sig. Troplong era in diritto di farle un' obbiezione giuridica, e non era sua colpa s' egli non avesse saputo scioglierla. L'ipoteca secondo gli antichi nasce allorquando vi ha un debito preesistente. E secondo gli antichi e i moderni nasce egualmente quando non ci ha un debito presente, ma ci ha una causa necessaria che lo può produrre. Non anticipiamo noi qui sulla materia del seguente trattato (2): però dobbiamo osservare come tuttodì, e in più luoghi del trattato delle ipoteche del sullodato sig. Troplong, si stabilisce come l'ipoteca può sussistere anche sopra un debito futuro, il cui nascimento dipende dal mero arbitrio del debitore. Qui dovea in ogni caso limitarsi la polemica del giureconsulto: e non invece soggiungere che questa ipoteca anticipata facesse nascere il pensiero delle dilapidazioni. Tant' è che si dicesse il medesimo delle lettere di cambio non solo, ma di tutte le ob-

(1) Troplong, loc. citato

(2) Vedi di ciò in particolare nel § VI, del Cap. 1. della Part. 1. che abbiamo destinato alla presente controversia.

bligazioni che non nascono *præsenti pecunia!* Ed in fine il voler impedire al proprietario di mobilizzare quando meglio gli piaccia il valore dei suoi fondi, è in aperta contraddizione con quello che di sopra ci ha concesso circa la facoltà di alienare per semplice girata i crediti ipotecari. Qual differenza egli pone tra il capitalista e il proprietario? Forse che l'uno è prudente ed economico, l'altro prodigo e sconsigliato? Chi può concedere queste supposizioni? La legge civile dev'essere eguale per tutti: suppone la libertà e la prudenza ordinaria ne' singoli cittadini. Ove non ne sono provveduti per l'età, per il sesso, o le debolezze della natura, ella vi provvede colle tutele, colle cure, colle interdizioni. Ma ella non interdice il popolo od una casta in massa. Ella guarentisce la libertà, e s'affida alla prudenza degli interessi particolari, quando i fatti non si oppongono, o la costituzione della società non ne soffre. Ecco tutto. Ma l'applaudire alla libertà del proprietario più di quello che non si fa a quella del capitalista, non è ciò che si giustifica con generiche e inconcludenti declamazioni.

Constatiamo adunque che la legge del messidoro fu altamente provvida nell'interesse del perfetto sistema ipotecario, dotandolo di quelle due proprietà, cioè la sollecita mobilizzazione della proprietà fondiaria e del credito che la soccorre. Constatiamo pur anche, come i giureconsulti francesi fino agli ultimi tempi, non viddero nell'ipoteca tutto quell'interesse economico, che meritava la di loro attenzione.

**XIX.** Nell'Assemblea legislativa de' cinquecento il giorno 2 novembre 1798 venne messa ai voti ed approvata un'altra legge ipotecaria conosciuta volgarmente sotto il nome di legge dell'undici brumale anno VII. Fu un rifacimento della legge del messidoro, cassato quello che riguardava l'ipoteca sopra sè medesimo e la facile girabilità del documento ipotecario. Nel resto si conservò la pubblicità dei dominii, e quella che ne consegue delle ipoteche, tutte soggette all'inscrizione senza divario di causa.

Per la pubblicità dei dominii stabiliva all'articolo 26: ***gli atti traslativi dei beni e dei diritti suscettibili d'ipoteca, devono essere trascritti sui registri della conservazione delle ipoteche, nel di cui circondario sono situati gli stabili; senza di che non potrebbero essere opposti ai terzi, che hanno contrattato col debitore.***

Questa disposizione fu vantata come l'ottima presso i moderni giureconsulti francesi. E aveano ragione relativamente all'infelice condizione, in cui fu rimpiombato il reggime ipotecario dappoi, come vedremo. Ma considerata nel vero interesse della pubblicità assoluta, si presenta molto difettiva, e quindi insufficiente. L'immediato effetto della trascrizione dovea essere quello d'impedire che il debitore potesse concedere ipoteche sopra di un fondo di cui si fosse pur allora espropriato. Il compratore, se non avea trascritto, non avrebbe potuto opporre il suo gius quesito

ai creditori di buona fede. Ma la pubblicità dei dominii vuol essere assoluta per altri importantissimi bisogni. Prima di tutto interessa ai creditori che prendono un'ipoteca di conoscere, non solo chi sia l'attuale proprietario, perciocchè niun altro che il proprietario può concedere una valida ipoteca (1), ma quali e quanti sieno stati gli anteriori proprietarii, i quali possono aver conceduto delle ipoteche, che egli non potrebbe conoscere senza che sappia i nomi d'ognuno di essi. Quella disposizione non importava precisamente, che tutti gli anteriori proprietarii di un periodo di tempo abbastanza remoto dovessero trascrivere le cause dell'antica loro proprietà ne'registri ipotecarii: o che invece di essi, che non aveano alcun interesse a ciò, praticassero la trascrizione i creditori ipotecarii che ebbero causa da loro. Ben è vero che di questi antichi creditori non potea rimanere alcuno in molti casi, perciocchè ad ogni trapasso si costumava per l'editto del 1771 di purgare il fondo dalle ipoteche che lo affettavano. Però questa era una pratica di prudenza, e che potea anche essere stata ommessa. Quindi rimanea vigente il pericolo in questo caso.

Ma se questo potea accadere di raro, ci avea un'altra difficoltà assai più nociva e d'interesse quotidiano. La proprietà potea essere assoggettata a risoluzione o scemata per servitù prediali non ipotecabili (2), non apparenti dai titoli traslativi della proprietà; quindi i creditori non avrieno potuto diffalcare quelle passività dalla valutazione economica del fondo offerto in ipoteca. La pubblicità necessaria alla di loro garanzia soffrivane. E le ricerche necessarie sulla condizione giuridica della proprietà doveano riescire d'esito incerto e pericoloso nello stabilire l'identità dei fondi alienati, specialmente ne'casi frequentissimi di divisioni e suddivisioni, e delle novelle incorporazioni: di maniera che nella lettura attentissima de'documenti trascritti, potea facilmente traviare l'attenzione scrutatrice dei sottilissimi particolari. Al che si aggiunga il pericolo nello stabilire la identità delle persone de'possessori, e la loro capacità civile di contrattare, l'ingombro immenso degli ufficii per la conservazione di tanti documenti, le spese enormi della loro trascrizione, e l'impossibilità di evitare gli sgorbii e gli errori delle scritture. Noi crediamo utile d'insistere sopra questi rilievi, onde mostrare agli amantissimi senza riserbo delle cose francesi, quanto di meglio avrieno potuto fare, se avessero saputo approfittare, come aveano il destro per le loro scorrerie militari sull'Europa, de'grandi e decisivi progressi, che in questo soggetto avea fatto la Germania da mezzo secolo in addietro.

Però, comunque avrieno potuto far molto di meglio, fecero pur bene, se non altro nel porre la prima pietra al novello sistema che inauguravano. La pubblicità delle ipoteche tutte senza distinzione, dovea essere

(1) Vedi il nostro § XIII del Cap. 2. della Parte prima.

(2) Vedi il § XIII. num. penult. ed ult.

la seconda cura de' legislatori francesi. E difatti stabilirono che qualsiasi ipoteca per essere reale contro chiunque, e per avere la prelazione dell'anteriorità dovesse apparire da una pubblica inscrizione (1): ad eccezione de' piccoli privilegi per le spese di sigillo, d'inventario, d'ultima malattia e sepoltura, delle mercedi dovute non oltre un anno ai domestici del debitore, e delle contribuzioni fondiarie dell'anno scaduto e del corrente (2). Non provvedea però quella legge sufficientemente all'interesse delle persone incapaci, nel caso che i loro rappresentanti avessero omessa la inscrizione de' loro crediti. Il che veramente non feriva il reggime ipotecario, ma accusava l'imperfezione del sistema tutelare allora ed ancor oggi vigente. Tutte le ipoteche per essere inscritte doveano apparire da un'apposito titolo, pubblico ed autentico per quelli derivanti da convenzioni o inerenti a sentenza giudiziale, implicito e tacito per quelli arrecati dalla legge in contemplazione di determinati crediti (3). Si correggeva la legge del messidoro in questo, che la ipoteca convenzionale dovesse contenere la designazione speciale di quei beni attualmente appartenenti al debitore, che le si volevano sottoposti. Si conservava quella legge nel tollerare che le ipoteche derivanti dalle sentenze giudiziali affettassero la generalità dei beni presenti e futuri: col che si aggravava la condizione del debitore più di quanto interessava alla indennità del creditore. Questo aggravio era poi accresciuto dalle ipoteche legali concesse alla nazione, ai minori, agli interdetti, agli assenti, agli sposi: tutte egualmente generali (4).

Per conseguenza di questi ultimi difetti la legge del brumale concedè all'acquirente dello stabile per titolo tanto volontario che necessario di purgare il fondo dalle ipoteche inscritte, rispettando però quei crediti che non fossero per anco scaduti; colla qual'ultima disposizione toglievasi la ingiustizia della legge del messidoro che costringeva i creditori a ricevere il pagamento avanti la scadenza (5). A questo fine regolavasi la procedura di purgazione a questo modo: ove il compratore vedesse che il prezzo d'acquisto non bastasse alla dimissione di tutti i creditori, praticata la trascrizione del suo contratto, notificavala ai creditori inscritti entro un mese (6), e questi aveano facoltà di offrirgli un prezzo maggiore del venti per cento (7).

**XX.** Il Diritto ipotecario nemmanco con questa legge otteneva una stabile sistemazione; perchè redatta alla vigilia della caduta della Repubblica, fu ritoccata dai compilatori del Codice Napoleone, ed anche questa volta con ulteriore suo discapito.

(1) art 2. della legge 11. brumale, an. 7. che si trova nel Repertorio di Merlin, voce *hypothèques*, sect. 2. § 2.
(2) art. 11.
(3) art. 3.
(4) art. 17 — 21.
(5) art. 15
(6) art. 30
(7) art. 31.

La Rivoluzione s'era talvolta elevata nella legislazione a una grande altezza di principj: eminenti pubblicisti, ardenti fautori della causa popolare dirigevano le discussioni de' giureconsulti, e le riassumevano in un'elevato punto di vista, dove tutti gli ingegni dominassero collo sguardo. Ma a poco a poco l'unità di quell'orgasmo cedeva: gli elementi diversi si separavano: il diritto civile fu rinunciato ai giureconsulti; i quali infastidirono d'uscire dalle tradizioni forensi: suprema loro guida le opere tascabili del Pothier, che non alzò mai la fronte al perchè filosofico delle particolari dottrine; che ricevelte e pose de' principi se ed in quanto il Diritto romano glieli forniva: felice se irreprensibile nella deduzione geometrica, ereditava dall'antico un gretto e dissolvente individualismo, e non sempre quel senso profondo d'equità e quel criterio deduttivo, per cui il principio della coesistenza solleva la durezza del sommo gius a una ristorante larghezza morale: che la buona fede eroga a titolo, la forma sommelte alla sostanza, l'uomo antepone al dogma; che inalza gli aforismi alla dignità del principio, i principj all'universalità del sistema.

I compilatori del Codice Napoleone rovinarono l'instituzione ipotecaria spogliandola di alcune delle forme giuridiche che avea conservato colla legge del brumale. Della legge del messidoro non parlarono neanche; ma si proposero due sistemi fra cui scegliere: il sistema del Diritto romano completato dall'editto del 1771, e la legge del brumale (1); e la commissione incaricata del progetto di legge propinò contro quest'ultima, raccomandando la secretezza e la generalità d'ogni ipoteca. Egli è pur sconfortante, ma ciò che è fatto non va sottaciuto. Fra trenta tribunali d'appello interpellati in proposito, otto solamente parteggiarono per la legge del brumale (2).

Però non era meraviglia se di tanto retrocedessero le menti francesi, perciocchè invano si cerca ne'loro scritti e nel Codice Napoleone la teorica de' diritti reali; a malapena si disse reale l'ipoteca; la proprietà stessa non si conoscerebbe di qual natura fosse, se in un articolo non le si attribuisse l'azione vendicatoria; difficilmente si potrebbe stabilire in quali gradazioni si estenda, in quali limitazioni finisca. Tu vedi gravissime quistioni per sapere se il diritto d'enfiteusi è dominio: se l'usufrutto è diritto reale, se la quota sociale è dominio disponibile prima della divisione. Tu non sai cosa sia il pegno, perchè lo si classifica nei privilegi; cosa sia il privilegio del conduttore, perchè si mantiene efficace contro i terzi. Al dominio reale delle cose mobili si richiede la tradizione e l'occupazione: per quello delle cose immobili non si parla che di consenso, e ne' soli rapporti fra i contraenti; trattandosi della materia su cui cade l'ipoteca, la proprietà, invece che considerarsi come diritto, si confonde colla cosa materiale; infiniti particolari ove la

(1) Maleville, Analyse du Code. liv. 3. tit. 18. in princ. Bénech, droit de préference n. 35.

(2) Bénech, ibid. num. — 36 38.

classificazione semplice e razionale è talvolta impossibile; una tale contentezza dogmatica che reagisce contro ogni spirito d'analisi: quindi se l'erudizione giova all'intelligenza dei particolari, l'assimilazione e la comprensione dell'insieme è niegata alla scienza progressiva e unificatrice.

Mancando la teorica de'diritti reali, la pubblicità e specialità assoluta dell'ipoteca non potea avere un'efficace raccomandazione. I difensori della pubblicità appoggiavansi piuttosto all'osservazione degli effetti pratici, che non alla essenza logica dell'istituzione stessa: necessaria, la diceano, all'agevole e sicura alienazione de'fondi, quindi al progresso dell'agricoltura, e alla sicurezza de'capitali e del credito fondiario. Opponeasi che siffatta pubblicità fosse un ritorno alla feudale barbarie, e un soverchio diffidare della buona fede della popolazione possidente. Le fiacche dispute del Consiglio di Stato furono troncate dall'autorità del primo Console: e per esso proclamato il principio della pubblicità e specialità assoluta (1).

Ma cosa divenisse di questa vittoria legislativa, è ormai noto: il principio fu annientato nella determinazione delle condizioni necessarie alla sua attuazione. Proposta la pubblicità del dominio e delle sue limitazioni, la discussione del Consiglio di Stato pervagò sopra punti secondarj; » *si perdette di vista*, secondo che scrive Troplong, la quistione principale: non si seppe comprendere l'importanza che ci avea di basare il sistema ipotecario sopra un sistema di trasmissione del dominio, che proteggesse l'interesse de'terzi. L'articolo proposto fu stralciato, e non comparve più, senza sapere il come; percìocchè non fu espressamente proscritto. Per tal modo la disposizione più grave del regime ipotecario fu perduta forse per un malinteso od una furberia (2) ».

L'ipoteca adunque perdeva la pubblicità in ciò che riguarda la sua base (3). Lo perdette eziandio nella sua stessa costituzione, perciocchè si introdussero le ipoteche occulte delle mogli e de'minori. Diceano i partigiani della pubblicità assoluta: doversi mantenere all'intutto la legge del brumale, l'ineguaglianza che si voleva introdurre considerarsi come un'attentato al dogma costituzionale dell'eguaglianza di tutti i cittadini in faccia alla legge (4). Argomento inconcludente e pernicioso: inconcludente, perchè la pubblicità e specialità dell'ipoteca vuol essere raccomandata come essenzialmente necessaria alla vera realità dell'ipoteca; pernicioso poi, perchè fu facilmente rintuzzato e adoperato a difesa propria dagli avversarii. Avvegnachè l'eguaglianza civile non può ottenersi in modo assoluto, perchè di natura gli uomini sono disuguali: ma solo in modo relativo e imperfetto e artifiziale mediante i provvedimenti di legge. Le mogli e i minori non hanno da natura quella libertà morale per cui possano essere affatto indipendenti dall'influenza maritale; non hanno quella

(1) Maleville, Analyse, lib. 3. til. 18.

(2) Troplong, des priv. et hyp. prefac.

(3) Veggasi sotto i §§ XIII e XXII della Parte I. le gravi oscillazioni della giurisprudenza francese in questa materia.

(4) Bénech, droit de préférence num. 50.

prudenza che sia bastevole alla retta economia de' loro patrimonii. Essi devono essere uguali ad ogni altro cittadino, ma non lo sarebbero di fatto ove la legge non supplisse co'suoi provvedimenti alla naturale ineguaglianza; perciocchè altrimenti quel dogma nella pratica applicazione riuscirebbe alla lotta del forte col debole, dell' astuto coll' ignorante, ed invece dell' equazione degli interessi sociali basata sull'unità elementare della persona, avrebbesi per risultato la schiavitù e la miseria.

Le persone incapaci adunque meritavano una protezione. Ma i legislatori doveano provvedervi, senza rendere impossibile il regime ipotecario: doveano conciliare l' interesse economico delle mogli e de' minori colla pubblicità e specialità del sistema ipotecario. Ma cosa fu fatto invece? Pomposamente si conchiuse: che ogni ipoteca fosse pubblica e speciale; che solo la convenzionale fosse pubblica e speciale; che l' ipoteca legale delle mogli e de'minori non fosse nè pubblica nè speciale (1). Or veggasi qual sorte di conciliazione fosse questa, la quale sacrificava l'uno de'termini. L'antagonismo degli interessi era vero: ma il problema non era sciolto.

Il torto inescusabile fu di voler provvedere all'interesse delle persone incapaci a spese del credito fondiario. Erano instituzioni affatto estranee l'una all'altra; e quindi poteano essere assestate separatamente. La legge dovea provvedere con un più fermo organismo ad assicurare i patrimonii de'minori: dovea prolungare la minore età della donna fin quando sembravale conveniente; ma propostosi il sistema ipotecario, dovea costruirlo in tutta la sua purezza. Ma con queste sinistre eccezioni, fu ruinato tutto il sistema; appena messo in pratica si viddero gli infiniti imbarazzi che cagionava (2).

**XXI.** Per meglio valutare la gravità del male veggasi quanto era profondo. Le ipoteche tacite e generali si concedevano: 1.° in pro de'minori e degli interdetti sugli immobili spettanti al tutore, alla madre tutrice che si fosse rimaritata e conservata avesse la tutela senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ed in questo caso anche sui beni del secondo marito (3); 2.° in vantaggio della moglie per ragione della dote e convenzioni matrimoniali, pei beni affidati al marito, per l'indennità del debiti contratti durante la comunione dei beni, e per il ricupero de'suoi beni alienati sopra gli immobili del marito (4). 3.° in pro della nazione,

(1) Maleville Analyse, lib. 3. tit. 18. Béneeh, droit de préférence, n. 42.

(2) Accusati subito da Maleville, Analyse raison. du Cod. *sub. art.* 2193. Persil. *quæst. hypot* prefazione.

(3) art. 2121. 2135 — Cod. Napoleone. Grenier, hyppothéques. num. 280. Troplong, des priv. et hyp. n. 126. Si estende anche sui beni de' protutori, ossia dei tutori dei beni situati nelle colonie (art. 417. Cod. Nap.) secondo Troplong, ibid. num. 421, e sui beni del tutore officioso (art. 361. Cod Nap.), secondo Persil, quæst. hyp. tom. 1. chap. 5. sect. 2. § 2. Grenier, hyp. num. 281. Troplong, ibid. num. 425.

(4) art. 2121. 2135. Cod. Napol. Troplong, des priv. et hyp. num. 575 e segg. E non ci ha obbligo d'inscrizione nemmanco dopo sciolto il matrimonio: secondo Troplong, ibid. num. 576. Tarrible, Repert di Merlin. v. Inscription. § 3. num. 2. 8. Avis du Conseil d'État. 8 maggie 1812. Vedi contra: Grenier. hyp.

de' comuni, e degli stabilimenti pubblici, sopra i beni degli esattori e degli amministratori obbligati a render conto (1): ipoteche tutte che sussistono valide ed efficaci in confronto ai terzi senza alcuna iscrizione, senza specializzare la somma de' crediti, e colpiscono tutti i beni presenti e futuri del debitore (2).

Grenier lusingavasi nel presentare al Tribunato il progetto ipotecario elaborato dal Consiglio di Stato, che si fosse data al debitore tutta l' agevolezza di poter obbligare una porzione de'suoi beni in proporzione degli obblighi contratti, affinè di conservare il soprapiù libero e suscettivo di novelle ipoteche (3). Ma ben provano il contrario e le ipoteche legali che vedemmo, e l' ipoteca giudiziale che si derivò dalle sentenze definitive o provvisionali, dalle ricognizioni fatte in giudizio sulle firme d'una scrittura privata, dalle sentenze estere od arbitramentali divenute esecutive; la qual ipoteca, comunque soggetta all'iscrizione e alla specializzazione del credito, colpisce egualmente tutti i beni del debitore (4): salvo al debitore di chiederne la riduzione (5).

Queste offese alla pubblicità e alla specialità del regime ipotecario produssero conseguenze disastrose tali, che sembra impossibile si sieno trovati eloquenti apologisti.

Si limita Troplong a rimpiangere la legge del brumale nel bisogno urgente di provvedere alla pubblicità dell' ipoteca colla pubblicità de'possessi; e le sue eloquenti rimostranze sono certo degne della massima attenzione (6). Ma fuori di questo, e di alcuni rimarchi di valore affatto secondario, egli insiste nel commendare queste offese alla pubblicità e alla specialità del sistema dicendo : » che sotto il rapporto delle ipoteche legali delle mogli e de' minori il Codice civile, meglio d' ogni altra legislazione, risponde *ai bisogni della società, ai principj del diritto, e alle regole della logica*. La discussione che si elevò in questo argomento nel Consiglio di Stato, soggiunge, e che fece trionfare il saggio eclettismo che noi propugniamo, è un modello di forza e una sorgente di luce. Cambacérès, Portalis, Bigot, vi arrecarono il loro ingegno netto e giudizioso; il primo Console vi gettò quegli sguardi profondi che additano il genio. Si è denigrato il sistema (conchiude), ma non si è giammai risposto agli argomenti vittoriosi sopra i quali si appoggia (7) ».

oum. 245. Questa ipoteca diè luogo a gravissime quistioni: quale per es. quella di stabilire la data da cui dovesse cominciare l' ipoteca per le somme dotali pervenute per donazione o cessione, e per debiti: quistioni trattate da Tarrible, loco citato, § 3. num. 1 — 4. Troplong loco cit. oum. 585 — 595.

(1) art. 2121. 2122. Cod. Napol.

(2) art. 2121. 2135. 2153. Cod. Napol. Troplong. ibid. oum. 707. S'erano lusingati quei legislatori di ottenere indirettamente la pubblicità, obbligando i tutori e i mariti a praticare l'iscrizione; ma Troplong ci testifica come quelle prescrizioni tornassero inefficaci, e quindi non infinità d' ipoteche esistessero senza apparire da pubblici libri. Des priv. et hyp. oum. 654.

(3) Maleville, Analyse, lib. 3. tit. 8. in princ.

(4) art. 2123. 2148 : Cod. Napol.

(5) art. 2161 — 2165. Cod. Napol.

(6) Troplong, del priv. et hyp. préface.

(7) Ibid.

E noi l'abbiam detto: doveasi provvedere all'interesse de'minori e delle mogli senza offendere l'organismo del reggime ipotecario: in questo consisteva il problema; e vedemmo come fu sciolto. Non solo al tempo in cui scrivea l'illustre presidente, ma prima ancora che si compilasse il Codice Napoleone v'avevano altre legislazioni, specialmente la Parte I del vigente Codice civile austriaco, vi avea il Codice prussiano ed altre leggi, nelle quali l'interesse delle persone incapaci era sufficientemente guarentito nella sorveglianza e responsalità del giudice pupillare, senza che ci avesse bisogno di rendere impossibile il sistema ipotecario. È presto detto che il Codice francese è il migliore de' Codici, ma è anche più pronta la prova del contrario. Non però si comprende agevolmente come il sistema francese risponda meglio d'ogni altro ai principii di diritto, quando appunto si sostiene il sistema in ciò che viola i principii essenziali di ogni ipoteca. L'ammettere un principio in astratto e violarlo ad ogni piè sospinto nell'applicazione si chiama contraddizione logica: ed in questo non possiamo parteggiare pel *saggio ecletismo* di un tanto giureconsulto. Che poi questo si dica corrispondere meglio d'ogni altro *alle regole della logica*, non vediamo con qual fronte lo si possa asserire: come si possa dire di conciliare l'interesse delle persone incapaci col sacrificio mortale dell'ipoteca stessa.

Ma la logica in ciò che spetta alle civili istituzioni non impunemente è offesa: ella si ritorce nei fatti contro il proposito de'legislatori. Vollero essi avere un regime vitale, e colle ipoteche occulte vollero protette le mogli e i minori? nè nell'uno, nè nell'altro intento riescirono. Non nell'intento di conciliare il credito più esteso colla maggior sicurezza possibile (1), imperocchè l'occultezza e la generalità delle ipoteche legali e giudiziali non giovano alla tranquillità dei creditori con ipoteca speciale, nè all'interesse che ha il proprietario di esibire e provare ad evidenza la libertà del suo patrimonio a coloro cui richiedesse delle sovvenzioni. E nemmanco gli stessi legislatori confidarono tanto nell'eccellenza dell'opera loro, dappoichè Grenier nel raccomandarla conchiudeva che in fin di fine si era provveduto al modo di liberare la proprietà dagli infiniti imbarazzi di quelle ipoteche eccezionali, col permettere la purgazione di esse in occasione delle alienazioni giudiziali e volontarie (2), senza distinguere i debiti esigibili dagli inesigibili (3). E nulla di meno dovea farsi: perchè senza questo rimedio come avria potuto il possessore vendere lo stabile e ritrarne il prezzo, e qual potea darsi compratore che avesse voluto avventurarsi alle passività delle ipoteche sconosciute? L'ipoteca dovea dunque essere sagrificata alla pace de' possessori; e, comunque il creditore si fosse adagiato nella lontana scadenza e nel si-

(1) Come s'erano proposto Grenier e Treilhard, motivi del progetto di legge, in Maleville Analyse da Cod. liv. 3. tit. 18. in prin.

(2) Grenier, Rapporto in Maleville, Analyse loc. cit.

(3) Art. 2184. Cod. Napoleone che deroga all'art. 3).·della legge del brumale.

curo impiego del suo credito, dovea avventurarsi con nuove spese e nuovi rischi ad altri collocamenti (1).

Le ipoteche generali sui beni futuri trassero di errore in errore. Per difendersi da esse si dovettero concedere que' privilegi che il Diritto romano avea introdotti per lo stesso vizio del suo sistema: cioè al fisco per le sue contrattazioni coi privati, alla persona che avesse somministrato danaro al compratore d'un fondo, al venditore per garanzia del prezzo, al coerede per il regresso verso gli altri coeredi sull'inesatto conguaglio delle rispettive porzioni; i quali privilegi debbono bensì essere inscritti, ma a termini più o meno lunghi, e cogli altri privilegi classificati alla rinfusa formare un labirinto, che è la disperazione della pratica giurisprudenza (2).

Ma nemmanco nel secondo intento riuscirono essi; anzi credendo di sacrificare la pubblicità ipotecaria alla tutela de' minori e delle mogli, lasciarono pur queste persone indifese nel tanto vantato loro reggime. Era pur destino che l'illusione di tanti secoli e la boria nazionale soccombessero contro la natura inesorabile delle cose; perchè l'occultezza dell'ipoteca dovea nuocere a chicchessia, come un'insidia che presto o tardi incalappia amici e nemici. Si vollero coloro esentuati dall'inscrizione, perchè incapaci di provvedere con senno all'amministrazione delle cose proprie? Ma le loro ipoteche tacite legali imbarazzavano la proprietà terriera. Bisognò disfarsene. E come? colla purgazione forzata nelle alienazioni giudiziali o contrattuali. Per purgare le ipoteche gravitanti sull'immobile bisogna conoscerle, indi dimetterle. Ma come conoscere le ipoteche non iscritte? Qui sta il pericolo, qui soccombette la sapienza eclettica de' francesi legislatori. O lasciavasi che quelle ipoteche continuassero a sussistere sebbene non insinuate nel protocollo della vendita: ed è ciò che non vollero fare, perchè importava liberare una volta la proprietà terriera. O si volle che s'insinuassero, e le non insinuate fossero perente, ed allora chi dovea prendersi la cura dell'insinuazione? La legge fa appello ai tutori, ai mariti, ai parenti, agli amici, al regio procuratore. Ma se nessuno d'essi si muove, chi proteggerà quelle persone? Queste non sono ipotesi impossibili in pratica. Vegganși i giureconsulti francesi affaccendati nel regolare le molte emer-

(1) Grenier, nel § IV del discorso preliminare del suo trattato delle ipoteche (opera pregievolissima sotto molti riguardi), ragiona in proposito a questo modo: ritornando alla legge del brumale si cadrebbe in una contraddizione. (Quale?). Siccome lo scopo di ogni ragione ipotecaria è quello di distaccare le ipoteche dal fondo e convertirle in azioni sul prezzo: siccome questa regola dev'essere generale, così devono tutti i fondi purgarsi da essa — Dov'è la contraddizione? In ciò secondo l'autore, che si vorrebbe proibire la purgazione forzata — Ma rispondiamo: lo scopo giuridico dell'ipoteca è il pagamento del capitale; ma questo scopo non è immediato: lo scopo immediato è la sicurezza del capitale impiegato. Ma l'ipoteca non deve deviare la destinazione e affrettare la scadenza del capitale: la ipoteca come accessoria s'adatta al capitale; il mezzo non deve superare lo scopo, molto meno poi contrastarlo. Noi veggiamo piuttosto una contraddizione nel sistema del Cod. Napoleone.

(2) per brevità rimetto il lettore al § XLVII della Parte II. di questo trattato, ove di questi privilegi si parla in dettaglio.

genze di fatto. E non si vorrà dire che sprechino inchiostro per casi possibili solo nell'imaginazione (1). Non era dunque la via più breve e più sicura quella di rispettare l'assoluta pubblicità e specialità delle ipoteche, salvo a sistemare più acconciamente il regime delle tutele? In questo doveasi esercitare l'induzione legislativa: combinare gli interessi contrarii perfezionandoli con apposite instituzioni. Ma prima abbisognava un'idea distinta delle esiggenze naturali e logiche di ciascun sistema, affinchè la libertà e la personalità di tutti i cittadini fossero dal provvido legislatore assicurate.

Un altro grave appunto dobbiamo fare al sistema ipotecario del Codice Napoleone, ed a quello della legge del brumale. Ma prima accettiamo dal signor Troplong la confessione che la procedura dell'espropriazione e del giudizio d'ordine debba essere semplificata: non però di tanto, e conveniamo volentieri con lui, che le formalità necessarie non debbano tuttavia riescire lente e dispendiose: perciocchè non è il solo credito che abbi diritto a garanzie: la proprietà v'ha pur diritto, ed è necessario che il debitore trovi nelle prudenti formalità la certezza che i suoi creditori non sieno per abusare della sua situazione precipitando una vendita ad ogni costo (2). Sia pure. Ma non si deve perdere di vista l'interesse del creditore acciocchè ricuperi più prontamente che si possa il suo capitale. Concediamo che per mezzo dell'azione ipotecaria si debbano usare ai possessori tutti i possibili riguardi. Ma v'ha per un modo di provvedere al creditore: ed è nel procurargli la massima agevolezza di negoziare il suo credito colle cessioni e colle surroghe, sia che ciò si faccia col sistema cedolare presentito dalla legge del messidoro, o in altro modo più acconcio. Questo è il solo raccomandevole: comunque il signor Troplong lo dichiari nella prima pagina del suo trattato un *désir irréfléchi et une utopie impossible à réaliser*. Tant' è che le innovazioni più salutari della giuridica hanno il triste destino di lasciarsi desiderare per lunghissima età, e prima di raccomandarsi all'opinione volgare hanno a vincere le antipatie degli uomini più autorevoli della nazione. Ma i tempi cangiarono rapidamente: se la pubblicità dell'ipoteca vinse le argomentazioni di D'Aguesseau, la mobilizzazione del credito ipotecario rivive sotto gli occhi dell'illustre presidente del Senato francese.

Con tutti questi difetti adunque riuscì il sistema ipotecario francese un circolo d'inevitabili contraddizioni, dove tutti gli elementi civili che vi funzionano sono alla lor volta sacrificati: la causa dei minori e delle donne per difetto di appropriata tutela; la causa dei creditori per l'occultezza della proprietà, delle ipoteche legali, per le purgazioni forzate, e per la difficoltà di realizzare i loro diritti sia col subingresso, sia coll'azione ipotecaria; e finalmente l'interesse del proprietario, che non ha

(1) Vedasi tra gli altri Grenier, hypoth. discors. prélimin. nel § VI, e num. 7. 490, e Troplong, des priv. et hyp. num. 983. 984. e segg.

(2) Troplong. op. cit. préface.

più un modo efficace in mezzo a tante imperfezioni, di mobilizzare secondo i suoi bisogni il valore del suo patrimonio.

**XXII.** L'Italia occupata dai Francesi in principio del secolo riceveva per essi un generale rimpasto di leggi civili e d'organizzazione amministrativa. Fatto straordinario nella storia sanguinosa della conquista, che i forastieri s'adoprassero con tanto zelo alla sua rigenerazione civile. La qual cosa se allettava grandemente fe facili speranze degli uni, cagionava una dolorosa meraviglia nei lodatori del passato e in quelli che s'affidavano esclusivamente della spontaneità nazionale. E sì gli uni che gli altri erravano oltre il vero, affrettando i primi col desiderio il premio d'una longanime preparazione, perchè delle libertà popolari, come della virtù dell'individuo non si viene in possesso con un subito slancio; non vedendo i secondi como la civiltà d'una nazione abbia nei tempi moderni per condizione indispensabile il contemporaneo progresso e le reciproche influenze politiche della restante Europa. Cionondimeno le novità francesi non trovavano l'Italia indifferente o impreparata. Chè già da due secoli avea sentito ripercuotere nelle sue pacifiche contrade l'eco delle agitazioni intellettuali e politiche delle altre nazioni; ed ella stessa con faustissimi auspicii aveva veduto i suoi principi iniziare validissime riforme, i suoi filosofi aprire al pensiero degli spazii fin'allora intentati. La memoria del popolo si serba fedele alle provvide riforme di Giuseppe II nelle provincie lombarde, di Francesco III nel modenese, di Leopoldo in Toscana, di Vittorio Amedeo e de' suoi successori in Piemonte; e insieme allo zelo di Firmian, dì Verri, di Beccaria, di Tanucci, e d'altri generosi uomini attribuisce d'aver stremato il feudalismo i vincoli fedecomessarii, e l'ingombro eterno delle manimorte, d'aver liberata la sua attività economica dagl' impacci d'una mal intesa protezione, d'aver sistemati i comuni, soppressi odiosi privilegi, sottoposto il clero al diritto comune ed ai communi aggravii, limitatane la autorità entro i giusti confini, e più di tutto d'aver cominciato a porre mano alla codificazione; di maniera che fin dal 1723 ebbe il Piemonte le costituzioni regie, primo indirizzo alla precisione e alla attualità delle leggi; nel 1771 si viddero le costituzioni Estensi, già più complete e ripulite; nel 1785 si pubblicava un Codice per la procedura civile nelle provincie lombarde, e poco dopo usciva la prima parte dell'attuale Codice civile austriaco: ambedue le quali leggi vigono oggidì con qualche miglioramento non sostanziale. Nel 1787 cominciavasi in Toscana la compilazione d'un codice civile apposito.

Parallella alla legislazione, la scienza giuridica pure spuntava dall'antico rigogliosa e fiorente, per quanto potevasi attendere secondo quel lento e graduato processo della riflessione filosofica; la quale dal dogmatismo religioso tenacissimo del passato si volge alla osservazione della natura, indi tenta abbellire l'empirismo colla lucidità del metodo geome-

trico, e questo viene poscia temperando col vero metodo razionale, che il mondo fenomenico conquista, compone e riforma coll' induzione delle leggi fisiche e morali. E non solo la scienza in nascendo dovea ubbidire a queste leggi, ma non potea emanciparsi per sua propria virtù dal predominio degli interessi politici; ond' ella oscillò gran tempo tra principii opposti forniti dalla tradizione locale, e l' imitazione delle idee forestiere. Pure incominciava a risorgere, e ne' suoi primi passi, con Vico e Beccaria rivendicava nobilmente l' onor nazionale.

La giuridica più che dalle parziali riforme del secolo XVIII, fu meravigliosamente ajutata dalla codificazione francese; la quale, estirpate a un tratto il Diritto comune, il canonico, il feudale, e il longobardo fin anco e gli statuti locali diversi da municipio a municipio, somministrò alla teoria e alla pratica un supremo arbitrato, che se non soddisfacea a tutti i suoi diritti, avviavala nondimeno coll' unificazione intellettuale e civile ad acquistare la forza necessaria per farli poscia valere. Uscire dall'anarchia e dalla servilità di tanti secoli, era per essa un'inestimabile benefizio. Quindi ella ricevea un criterio riassuntivo e ordinatore dell' immensa supellettile dell'antichità; quindi s'assuefece a intentate analisi, si arrischiò a confrontare e armonizzare l'attualità della legge forastiera coll' origine storica e coi bisogni nazionali, tentò per la prima volta la sistemazione de' suoi veri, e con una filosofia animatrice dell'erudizione s'elevò alla dignità di scienza, si ricollocò nel rango di regina delle discipline direttrici dell' incivilimento; ebbe l'onore infine d'essere rappresentata da un Giandomenico Romagnosi.

L'opera della codificazione che riduce ad unità gli elementi civili contrari, elimina gli ostacoli locali, riassume le conquiste della scienza e le perpetua ne' suoi aforismi, fu forse il più efficace veicolo dell' unificazione italiana nell'ordine civile, come il robusto organismo amministrativo di Napoleone compieva l' opera nell'ordine economico e politico. Fatto meraviglioso, che risolve colla massima evidenza la disputa testè agitata contro gli avversarii gelosi della tradizione istorica e locale, dinnanzi ai quali è lesione d' umanità e di scienza ogni moto di concentrazione legislativa; pur non vedendo come il dogmatismo dei codici rappresenti nella scala faticosa dell' incivilimento quel grado, dove il piede dell' umanità s' appoggia e si fissa, nel mentre col movimento vitale della scienza s'innalza ad un grado più elevato; pur non vedendo come rappresenti quel naturale bisogno, e nell' ordine morale, e nel civile, di avere in pronto degli imperativi assoluti che siano norma alla pratica del bene e del giusto; i quali comunque al momento sieno inalterabili nella loro forma; pur non cessano d'essere elaborati sulle ultime conclusioni della scienza; e come la scienza non è immota, nè perfettissima, nemmanco la legislazione è superiore alla critica della scienza, e quindi continuamente modificata dall'autorità legislativa.

Questa unificazione civile giovò dunque assai nel dare un comune in-

dirizzo alle menti italiane, e nel concentrare i lavori de' giureconsulti sopra una identica trama. Siccome però la spontaneità loro non era giunta nella pratica forense ad un maturo sviluppo, ne nacque che per troppo tempo vi si adagiarono e non si scossero quant' era d'uopo al contatto d' un' altra forastiera legislazione, voglio dire quella dell'Impero austriaco; il quale dopo la caduta dell'Impero francese si ricongiunse il Lombardo, s'aggiunse il Veneto, ed in queste provincie sostituiva nella massima parte del Diritto civile la sua speciale legislazione: cospicuo frutto d'una nazione assai benemerita dell'odierno incivilimento.

**XXIII.** La Germania aveva negli ultimi tre secoli elaborata la sua nazionalità con un progresso così continuo, pieno e risoluto, che si elevò a pari grado e sotto qualche riguardo anche al di sopra delle nazione d'origine latina.

La provvidenza politica di Roma colla formola del redivivo Impero avea frenato le sue terribili invasioni verso il mezzodì, e per qualche secolo l'aveva anzi diretta a suo vantaggio. Ma col tempo che fa caduche tutte cose umane, nacquero le funeste scissure tra il Sacerdozio e l'Impero, che affievolirono il grandioso sistema, e scompaginarono le sue membra.

Quindi il feudalismo si trasformò in molti principati indipendenti, la separazione politica determinò le menti ad allontanarsi del centro religioso, e nella guerra de'trent'anni molta parte de'suoi popoli ritornò all'antica libertà politica e intellettuale. Sussistette l'Impero senza l' anima religiosa, come principio d'unificazione politica, come supremazia nazionale; ma l'autonomia de'governi e della riforma si assodò nell'opinione e nelle instituzioni. Però per resistere all'influenza assorbitrice dell' Impero e del Sacerdozio romano dovettero nei rispettivi ordini spiegare una intensa operosità, affinchè l'una colla scienza, gli altri col prudente e forte governo valessero a conservare i frutti della vittoria e ad accrescere la fortuna nell'avvenire.

Il genio riflessivo, sobrio e pertinace della nazione la sospingeva in un regolare processo d'unificazione, che se non è compiuto oggidì in tutta l'estensione come sembra in altri paesi, ha però più che altrove elaborato e fecondato i suoi elementi civilizzatori ed ottenuto per essi una ricchezza grandissima di prodotti, che fa presumere come la sua vita, quando sia giunta a maturità, sia per crescere pienissima e rigogliosa in modo che, non solo il proprio, ma l' incivilimento europeo avrà ad otteneme un meraviglioso incremento. Questo processo unificatore è splendidissimo nella filosofia, nella giuridica e nella legislazione. Raccolti i materiali filosofici dell' antichità con Grozio Puffendorf, Eineccio e Tomasio, associatasi al movimento moderno della filosofia italiana, francese e inglese, e tentatene delle parziali costruzioni con Leibnitz, Woltio, Spinoza, Lessing e Mendelssohn, riassunse sull'aprire del nostro secolo tutte le sue forze col genio potente di Kant; il quale assegnando i limiti

della scienza, diè fuori una storia naturale dello spirito umano, ove descriveva con inarrivabile concisione le intellettuali funzioni, e l'apparente scettiscismo temperava attingendo dall'imo, ove gli affetti hanno regno, lo sovrane aspirazioni, che tradotte negli assoluti intellettuali e morali somministrano all'etica, alla giuridica e alla teorica dell'incivilimento una deduzione alta, serrata come scienza, cordiale e affascinatrice come fosse religione. E si può ben dire perciò che il secolo nostro ricevette da lui la codificazione della speculativa e della pratica, nella quale tutta la susseguente filosofia tenesse piè fermo, e prendesse lena, e spiccasse un volo arditissimo a novelle esplorazioni verso gli assoluti intellettuali e morali. Il cielo filosofico di Fichte, Schelling, Hegel e Krause non ebbe è vero una conclusione, che soddisfacesse all'ambizione della scienza; non fu tuttavia un lavoro gettato; perchè lo spirito umano abbandonando le vie ingannevoli concentra ora la sua virtù sopra l'ultima e suprema realità subbiettiva dell'attività morale dell'animo; davanti al quale la ragione e il pensiero non sono che sue forme e sue funzioni, e del quale l'etica e la giuridica, come limitatrici e fecondatrici della libertà individuale, aspettano con ansia una assai più fortunata costruzione scientifica.

Quella grande nazione esercitò lo stesso primato unificatore nella giuridica. Dopo che ebbe l'Italia nel secolo XV dirozzati i frammenti del Diritto romano, la Germania continuò si può dire il lavoro de' nostri padri. Si coordinarono gli infiniti particolari a sistema, ora conservando l'ordine logico de' compilatori antichi, ora scegliendo qualch' altro che sembrasse più conveniente alla materia trattata: nel mentre che con una scrupolosa attenzione, propria delle menti tedesche, conservarono il senso genuino delle leggi che interpretavano, e non le guastarono con una bastarda interpretazione, come troppo spesso si rampogna ai francesi, per la smania di assimilarle ai recenti statuti. Il quale spirito conservatore e sistematico facea si che a poco a poco ravvicinassero la varietà delle antiche leggi delle diverse provincie, le consuetudini feudali, gli ordinamenti municipali e i decreti dell' Impero; in modo che apparecchiassero con una critica moderata uno stabile idealismo del Diritto privato e del pubblico, ove colla virtù dei principii sommi e colla pienissima ed esatta deduzione imponessero alle discordi tradizioni il loro apparato scientifico, come Diritto comune. Rimanea quindi una brevissima fatica dopo i lavori dottissimi degli Strickii, de'Coccej, degli Struvii, di Leibnitz, d'Eineccio e di mille altri giureconsulti e filosofi, per apparecchiare e rendere gradevole ai popoli la codificazione generale del Diritto civile. E le monarchie, che con mirabile costanza lavoravano alla sistemazione politica, non tardarono gran tempo a valersene. E diffatti nel secolo XVIII le vediamo quasi tutte all'opera codificatrice.

L'Imperatrice Maria Teresa già dall'anno 1753 concepì il grande pensiero di dare a' suoi popoli un Codice patrio sistematico, *affine di stabilire un Diritto eguale e sicuro, ed una procedura uniforme per tutte*

*le provincie ereditarie dell'Impero austriaco.* E subito costitutiva una commissione, alla quale ingiungeva: *si dovesse limitare unicamente al' Diritto privato; conservasse per quanto era possibile il Diritto già in vigore; mettesse in armonia per quanto le circostanze il permettessero i differenti Diritti provinciali, ed in ciò si giovasse del Diritto comune e dei migliori interpreti dello stesso, non che delle leggi di altri Stati; e risalisse sempre al Diritto nazionale, ogni qualvolta sieno per abbisognare delle correzioni ed aggiunte.* La grand'opera proseguiva sotto Giuseppe II, e Leopoldo II: finalmente ottenne la sovrana sanzione dall'Imperatore Francesco I. colla patente 1 giugno 1811 (1): e coll'altra sovrana patente 16 ottobre 1815 quel Codice civile fu pubblicato nel Regno lombardo-veneto, con effetto di legge nel primo giorno del prossimo anno 1816.

Innestavasi per opera sua in Italia un nuovo principio di legislazione civile, in molte cose superiore assai al Codice francese, e che per lo meno avrebbe dovuto influire a temperarne la soverchia autorevolezza, e ad arricchire la giurisprudenza locale. Ma in essa ad onta di ciò la venerazione delle cose francesi prevalse, l'innesto germanico non ottenne quella influenza che ben meritava. Noi non ci fermeremo qui a cercarne le cagioni: ci basti rilevarne il fatto, onde altri tragga quell'insegnamento che creda addicevole al decoro e alla felicità della patria nostra.

Un Codice civile non dee solo occuparsi della descrizione e della deduzione de'diritti che esistono ne'privati rapporti di cittadino a cittadino, ma ogni diritto essendo una proprietà metafisica, che non cade per sè nel dominio dei sensi, ha bisogno d'un apparato esteriore di dimostrazione, d'un sistema di prove. Il Codice civile francese regola le prove de'diritti inerenti alle persone, e de' diritti personali derivativi, ma non parla punto della dimostrazione de' diritti reali: quali sono il possesso, la tradizione, la pubblicità tavolare de' dominii, delle loro gradazioni e limitazioni. Il Codice austriaco non contiene il sistema delle prove dei diritti personali, cioè dello stato civile, religioso, e di famiglia: si rimette al Regolamento giudiziario di trattare delle prove de'diritti personali acquisiti, ha però questo insigne vantaggio di sistemare la prova di tutti i diritti reali.

**XXIV.** Questo Codice primeggia sul francese specialmente per il sistema tavolare, che è quell'instituzione nella quale tutti i diritti reali che finiscono sulle cose immobili, e non vi appajono direttamente, sono descritti ne' pubblici registri, e per loro mezzo possono essere conosciuti da chiunque vi abbia interesse; di maniera che la proprietà fondiaria vi appare specchiata in tutta la sua virtù giuridica, con tutte le limitazioni che la pubblica autorità o la libertà personale de' cittadini le

(1) Ellinger, manuale del Diritto civ. aust. notizie preliminari, num. 5

avessero aggiunte. La realità dei dominii e delle loro limitazioni non si concede fuorchè a quest'unica condizione, che appajano inscritte e quindi possibili alla cognizione di chicchessia. In questo modo non solo le ipoteche ottengono la pubblicità conveniente, ma questa stessa pubblicità è assicurata da quella del dominio sul quale risiedono, e delle altre limitazioni di servitù prediali non apparenti, d' usufrutto, delle cause risolutive del dominio, che pur sono necessarie a conoscersi per approfondire quanto importa e assicurare la base dell' ipoteca stessa. Quindi, assai meglio che per la legge francese del brumale, dalla posizione tavolare si rileva in un sol punto tutta la condizione giuridica della proprietà stabile; tutti i trapassi di proprietà, tutte le sue affettazioni passate, e i suoi destini futuri per la risoluzione o sospensione del suo godimento. In questo riguardo il sistema tavolare si raccomanda per sè medesimo come una prima necessità del sistema ipotecario, nel mentre provvede ad un altro non meno urgente e più generale bisogno, qual' è quello di guarentire le trasmissioni della proprietà, la condizione giuridica del possesso, la coesistenza di più diritti reali, mediante una conveniente esteriore dimostrazione; la quale sola può conciliare la costanza del giusto colle esigenze mutabili dell' utile: togliere ogni contraddizione tra la libertà del proprietario e la buona fede degli altri cittadini: dare alla deduzione giuridica del dominio un' apparato sensibile, per cui la legge del proprietario sia promulgata sulla proprietà, e da indi i terzi attratti dalla sua utilità economica non rimangano delusi nella cognizione dei suoi attributi giuridici.

La pubblicità tavolare si deve alle consuetudini feudali, come vedemmo di sopra. Però le monarchie, che avocarono a sè e accentrarono la amministrazione locale della giustizia, già da tempo antico si proposero di sistemare più uniformemente che si potesse questa instituzione. Tuttavia nemmeno oggidì è ovunque ordinata colle stesse norme e cogli stessi metodi. Solo nel disegno generale, come organo di pubblicità di qualunque diritto reale, si può dire che sia di diritto comune in Germania. Egli ha influito tanto prosperamente nelle funzioni economiche cui ha parte l' ipoteca, che ogni dì più s' impone all' opinione europea come la prima e più urgente riforma del Diritto civile. Nelle provincie tedesche e slave dell' Impero austriaco già dalla metà del secolo scorso fu organizzato (1) coll' impianto di due specie di registri. L' uno serve alla vera inscrizione tavolare, l'altro contiene i titoli o documenti giusti-

(1) Secondo Zeiller, Nippel ed Ellinger al § 321. Cod. civ. aust. furono attuate le così dette tavole provinciali nella *Stiria*, colle patenti 15 marzo 1730 e 31 ottobre 1736; nella *Carinzia*, colle patente 25 Giugno 1746; e nella *Carniola* il 24 giugno 1747 e il 28 settembre 1771; nell' *Austria* al di sopra dell' Enns, il 3 ottobre 1754, e colla successiva patente 7 agosto 1762; nell' *Austria* al di sotto dell' Enns, colla patente 24 novembre 1758, e colle istruzioni 15 febbrajo 1759; in *Gorizia* e *Gradisca*, il 10 gennajo 1761; in *Trieste* il 26 ottobre 1762; secondo Ellinger, e secondo Nippel nel 1772; in *Gallizia* colla patente 4 marzo 1780; in *Brisgovia* il 1. agosto 1780; nella *Bucovina*, cogli aulici

ticativi della iscrizione (1). Nel primo registro o *libro mastro* si fissano tante rubriche, quante si richieggono a vedervi a colpo d'occhio tutta la condizione giuridica della proprietà. La prima rubrica è destinata alla denominazione, descrizione, misura e qualificazione del fondo; la seconda all'estimo censuario e in genere alla valutazione, che serva di base alle contribuzioni dirette; la terza all'indicazione dei possessori e delle successive mutazioni e divisioni della proprietà; la quarta alla menzione dei titoli giustificativi delle iscrizioni della rubrica precedente; la quinta comprende i pesi e i vincoli reali che affettano la proprietà, quali sono le servitù, le ipoteche, le sostituzioni, le cause risolutive del dominio, le prenotazioni, le surroghe, i pignoramenti ecc.; la sesta ed ultima ricorda i titoli giustificativi di queste limitazioni. Il secondo registro, o *libro dei documenti* è destinato alla raccolta ordinata secondo il tempo della presentazione dei titoli menzionati nel libro mastro. (2)

Lo scopo e il valore civile di questa instituzione fu determinato con somma chiarezza nel vigente Codice civile austriaco. L'inscrizione tavolare funge le veci del possesso civile (3), che è alla sua volta la condizione della realità di qualunque diritto (4). Ma il possesso per se solo non è l'unica e semplice forma del diritto: questo risulta eziandio da una autorità morale che ha fondamento, o nella privata libertà, o nell'autorità pubblica. Epperciò a conoscere indubbiamente dell'esistenza e della virtù d'un diritto bisogna conoscere, oltre il possesso, anche questa derivazione; ed è perciò che il sistema tavolare austriaco dà a conoscere e lo stato di possesso col libro mastro delle iscrizioni tavolari, e la sua giustificazione mediante il pubblico deposito dei titoli o documenti che lo cagionarono. È questa un'osservazione di gran momento per ben caratterizzare gli effetti civili della instituzione. Nessun diritto reale vi ha che non sia inscritto: nessun diritto reale vi ha che sia valido e irrefragabile se non giustificato con apposito titolo, e ove questo sia difettoso, la legge non soccorra coll'usucapione triennale, ossia colla legittimazione del possesso

decreti 27 gennajo 1791 e 22 fabbrajo 1804; nel *Circolo dell'Inn*, colle patente 10 gennajo 1791, e col decreto aulico 7 marzo 1818; in *Lemberga* il 25 maggio 1792; in *Boemia e Moravia*, il 22 aprile 1794; nell'*Illiria* furono riordinate il 20 settembre 1814 e fin'anco ne' *Confini militari* furono diramate in proposito le istruzioni 1. agosto 1808.

(1) Vi sono delle altre specie di registri più complicati ne' luoghi delle signorie feudali, ove oltre la descrizione tavolare de' fondi, ci ha un altro registro de' rapporti personali tra i servi e i signori: Winiwarter, Diritto civ. aust. tom. 2. § 22. Noi di questo non parliamo, perchè estraneo al nostro proposito.

(2) Zeiller, Comento al § 321. n. 1. Codice civ. aust. Nippel, allo stesso § num. 2. Winiwarter, loc. cit. § 23. È desiderabile all'Italia d'avere una raccolta delle varie sistemazioni tavolari, onde poter fare degli studi pratici.

(3) § 321. 322. Cod. civ. gen. aust.

(4) Per il diritto di proprietà, vedi i seguenti §§ 425. 431. 432. 436. 437. 440. 441. 443. 1126. 1137. 1142. del Codice civile aust; per le ipoteche, i §§ 451. 454. 457. 468. 469. 1368. 1369. 1398. 1443. 1446: per le servitù, i §§ 481. 524. 526. 527; per le eredità, legati e fedecomessi i §§ 684, 819, 824. 846. 849; per le comproprietà i §§ 846. 892; pei titoli contrattuali e le clausole risolutive i §§ 928. 935. 1070. 1071. 1073. 1076. 1095. 1102. 1120. 1121.

mediante una iscrizione che da tre anni esista senza opposizione da parte di alcuno (1).

Queste cose sono di chiara intelligenza in riguardo al dominio e alle sue limitazioni delle servitù o delle cause risolutive: l'inscrizione prima del triennio, come il possesso, inchiude una presunzione *juris* della legittimità sua (2).

Ma la cosa non è altrimenti facile in riguardo alle ipoteche. Perocchè si domanda se la proprietà e le sue limitazioni, che prestano la base all'ipoteca, ottengano una prova più diretta e irrefragabile per la sicurezza del creditore ipotecario: se l'ipoteca stessa, ossia il debito e il titolo dai quali ella risulta, ottengano per l'inscrizione tavolare una medesima od una più efficace virtù probatoria. Alla prima ricerca è provveduto nel § 468 del sullodato Codice civile: in quanto che protegge il creditore di buona fede che avesse ignorato in fatto, e non avesse potuto rilevare dai pubblici libri le cause risolutive del dominio di colui che gli ha costituita l'ipoteca. L'inscrizione ipotecaria non potea essere presa, se il debitore o il costituente non fosse stato inscritto come proprietario (3); se alla partita fondiaria apparente di proprietà del debitore non leggevansi le possibili pretese vendicatorie o risolutive dei terzi, il creditore non dovea farsene carico. Dunque la pubblicità tavolare de' dominii si può dire assoluta in riguardo ai creditori. La pubblicità assoluta delle ipoteche per riguardo alla sua base è dunque assicurata. Il sistema d'intavolazione sembra esser stato imaginato per ciò nell'esclusivo interesse del credito fondiario. Non protegge l'acquirente, se non in quanto egli col suo possesso e con quello degli antecedenti possessori ottenga l'usucapione triennale; protegge invece il creditore ipotecario appena che il costituente si trovi inscritto. Questa predilezione sembrerà per avventura contraria alla civile eguaglianza di tutti gli interessi. Ma la necessità la giustifica appieno: avvegnachè il credito fondiario tenga nell'ordine economico un potere prevalente sulla stessa proprietà fondiaria in questo senso, che questa ha tanto bisogno di quello, che per ottenerlo è giuocoforza che sacrifichi alcuna parte della sua libertà, sottomettendosi alle materiali formalità dell'inscrizione tavolare. Il credito fondiario non potrebbe sussistere o prosperare, ove la pubblicità dei dominii non fosse in suo riguardo assoluta. E senza il credito fondiario la proprietà rimarrebbe inerte e inoperosa nella circolazione del valori; ma ha mestieri d'una mobilizzazione proporzionata al suoi bisogni: ha mestieri che nell'interesse generale e proprio riceva una forma, la unica possibile all'esercizio di tutte le sue funzioni economiche. Quindi si spiega come la pubblicità tavolare della proprietà sia relativa in suo riguardo, ed assoluta in riguardo al credito fondiario.

Il sistema tavolare ha eziandio condotta all'ultima perfezione l'organismo dell'ipoteca, secondo la formula economica che la determinò. Col

(1) §§ 1467. 1469. 1472. 1473 1493 1494 1493. 1498. 1499 del Codice civ. aust.

(2) § 323. Codice civ. aust.

(3) §§ 451 e 452. del Codice civ. aust.

che rispondiamo alla seconda delle due ricerche che ci siamo qui proposte, circa l'assoluta pubblicità dell'ipoteca stessa. Rassicurata essendo sopra la solida base della pubblicità assoluta della proprietà, agevolmente si compone degli altri suoi elementi costitutivi. L'obbligazione principale, ch'essa è chiamata ad assicurare, dal momento che è inscritta non si reputa come ineccepibile e liquida, ma quando fosse estinta per il pagamento, ossia per un fatto posteriore, continua a sussistere in prò de'terzi di buona fede, cioè de'cessionarj, de'surrogati (1). Il titolo legale, giudiziale o convenzionale che determina l'ipoteca è abbastanza guarentito dalla vigilanza del magistrato che presiede alle pubbliche tavole (2). Indi la pubblicità della iscrizione, assoluta per qualunque credito e per qualunque titolo rassicura la durata del credito fondiario, senza offendere verun legittimo interesse. perchè a ciascuno è in particolar modo provveduto. La difesa de'minori e delle donne maritate, in quanto sieno minorenni, è assicurato da un sistema di tutela, ove è limitatissima la libertà del padre, de'tutori e de'curatori, che non possono da sè soli disporre della proprietà stabile loro affidata, ma solo col consenso del giudice, ossia delle preture o dei tribunali collegiali, che sono sussidiariamente tenuti a qualunque danno derivasse da cattiva gestione (3).

La specialità d'ogni ipoteca è gelosamente osservata, sì per riguardo alla somma de'crediti, che alla affettazione dei fondi (4): col che si realizza alla lettera la formula economica per cui l'ipoteca è la forma di mobilizzare il valore della proprietà fondiaria *in proporzione dei bisogni*.

Il sistema d'intavolazione ha trovato un salutare provvedimento per soccorrere prontamente alle improvvise turbazioni del credito personale. Le formalità d'una iscrizione ordinaria, specialmente ove non ci ha un titolo convenzionale, esporrebbero il creditore nelle lentezze de'giudizii a vedersi prevenuto dalle alienazioni o da'maggiori debiti del suo debitore. L'autorità giudiziale soccorrevole confortatrice del credito personale provvede colle prenotazioni, ossia coll'accordare *ex primo decreto* una iscrizione provvisoria e condizionata alla verificazione del debito, che si constata in un regolare giudizio, da promuoversi dal creditore entro i quattordici giorni successivi a quel decreto. Liquidato il credito con sentenza, si prende un annotamento di conferma della precedente inscrizione, la quale diviene efficace dalla sua origine (5).

La pubblicità dell'ipoteca è dunque assicurata con questo reggime in modo che tutta intera la formula economica si realizzi: in modo cioè che *il capitale convertito in credito fondiario ottenga la sicurezza inerente alla proprietà stabile,* SENZA CHE PERDA DELLA SUA VIRTU' DI CIRCOLAZIONE. Quest'ultimo benefizio è guarentito appunto da ciò, che l'in-

(1) § 469. Cod. civ. aust.

(2) Vedi il nostro § XLVIII. n. 3.

(3) Vedi il § XII, num. 3.

(4) Vedi i nostri §§ XVII, XVIII. e XXV, num. 9-11.

(5) Veggasi il Capitolo IV della Parte I e i §§ 438. 439. e 455 del Cod. civ. aust.

serizione tavolare colla pubblicità assoluta della proprietà, colla documentazione del titolo e la conservazione del debito per il fatto dell'iscrizione fa sì che sia agevole e sicura la contrattazione de'subingressi e de'suppegni; quindi il creditore ipotecario può ad ogni momento comodamente realizzare in commercio il suo diritto, presso a poco come farebbe delle carte di credito pubblico. Egli non dee che provvedersi dei titoli originarj giustificativi del suo credito e del titolo, e del certificato dell'iscrizione tavolare, per trasmettere con sicurezza il suo diritto, e ricuperare così il capitale accreditato. Dal che ne consegue una meravigliosa semplicità e robustezza di complessione all'instituzione ipotecaria. I privilegi si riducono ad un minimo numero con un facilissimo criterio di classificazione (1): la proprietà fondiaria ottiene una liberissima disponibilità, non ha più bisogno di essere protetta colle purghe forzate dei giudizii delle gride (2), e può meritare i riguardi d'un prudente processo d'espropriazione esecutiva (3); la tutela delle persone incapaci convenientemente assicurata, nel tempo stesso che la causa di tutti i creditori ipotecarj è accertata e guarentita dalla pubblicità generale del reggime, dall'abolizione del giudizio delle gride, dall'agevolezza de'subingressi. Il sistema ipotecario nella sua composizione organica è definitivamente compiuto: il Diritto civile ha terminato in suo riguardo il lavoro legislativo.

**XXV.** Non solo in Austria, ma in quasi tutta la Germania questo reggime conta un secolo di prospera esistenza. Le leggi più moderne non l'impiantarono, ma lo regolarono con unità di vedute, lo perfezionarono secondo i lumi raccolti dall'esperienza. La Prussia, la Baviera, il Wurtemberg offrono modelli più o meno perfetti uguali in sostanza al reggime austriaco, differenti solo nelle modalità accidentali e nello sviluppo ulteriore (4). Conciossiachè si provvede con maggiore studio alla mobilità dei capitali accreditati, attribuendo all'iscrizione ipotecaria l'obbiettività che avrebbero li effetti pubblici.

La proprietà fondiaria deve essere inscritta con tutte le sue limitazioni, così come in Austria, non al nome del proprietario, ma secondo la designazione speciale dei fondi (5). L'inscrizione tavolare nell'interesse della proprietà stabilisce una semplice presunzione *juris* della validità del diritto iscritto, ossia funge le veci del possesso (6); ma per riguardo ai creditori ipotecarj la pubblicità è assoluta (7).

(1) Vedi il nostro § XLVII.

(2) Vedi il § LXVII, e il Capo III della Parte II.

(3) Pel quale vedi il Capo II. della Parte II.

(4) Della Prussia abbiamo il Codice di Federico Guglielmo pubblicato il 1. Giugno 1794. Della Baviera si conosce la legge ipotecaria del 1. Giugno 1822, che completa il Codice civile di quel Regno. Del Wurtemberg si ha pure la legge speciale ipotecaria del 15 aprile 1825. Veggansi in Saint-Joseph, Concordance entre les codes civils étrangers.

(5) Art. 22. della legge di Baviera, art. 390 e segg. par. 1. tit. 20. Codice Prussiano.

(6) Così nel Codice Prussiano, in riguardo alle servitù, par. 4. tit. 21 art. 40. l'iscrizione è possesso: Art. 36. della legge del Wurtemberg.

(7) Legge di Baviera, art. 25. 26: legge del Wurtemberg, art. 57 — 75.

Tutte le ipoteche devono essere pubbliche e speciali (1), essendosi provveduto alle persone incapaci con metodi pressochè eguali all'austriaco (2). Per guarentire tutte le pretese anche illiquide sulla proprietà si adottò egualmente la prenotazione (3).

Ma all'inscrizione ipotecaria si attribuì una più efficace virtù probatoria: in quanto che ella sola basti pei cessionarj e surrogati, e in genere pe'terzi a comprovare la liquidità del debito principale, e la legittimità del titolo e dell'iscrizione stessa (4). Ella diviene ciò che comunemente si dice *lettera ipotecaria* o *lettera di pegno*, che colla massima facilità è girabile (5). Anzi a questo fine la legge del Wurtemberg prescriverebbe che fosse determinato nell'inscrizione il valore della proprietà ipotecata: valore da desumersi, o da perizia giudiziale, od anche per cura delle parti, quando però nell'iscrizione s'indicasse il modo seguito nella valutazione (6).

Certo è che in tal guisa l'ipoteca realizza più decisamente la formula economica, in quanto attribuisce al credito la massima virtù di circolazione, così come voleasi fare colla legge francese del messidoro. Noi però stimiamo che in questi sistemi la giuridica abbi fatto più di quello che fosse suo dovere e sua attribuzione. Essa deve rendere possibile la libertà delle funzioni economiche, non ella stessa farsene motrice e determinatrice. Appena che la funzione economica della proprietà fondiaria, ha ottenuto una forma per cui possa esercitarsi liberamente nel campo giuridico, nulla più rimane alla legislazione civile. Ella non può, nè deve sostituirsi all'attività privata: stromento d'unificazione ella è, non già principio d'azione: moderatrice delle contrarie forze, organo di composizione, di utile direzione, ella non si propone di creare l'attività, nè di sostituirvisi: ella non deve invadere la giurisdizione dell'attività economica. Quando ella ha assicurate le contrattazioni ipotecarie, assodato il credito fondiario, la sua opera è da indi compiuta: spetta alla pubblica economia di funzionare poscia a tutto suo agio, d'esercitare questa funzione del credito fondiario secondo la libertà giuridica che le è concessa dalla legislazione. E così questa ha fatto nella seconda metà del secolo scorso, in Slesia dapprima, poi nella restante Germania e in Russia, e negli ultimi tempi in Francia e nell'Impero d'Austria, promuovendo le società di credito fondiario, ossia quelle banche che sono l'organo intermediario tra la proprietà terriera e i capitalisti: in modo che le operazioni della banca rassicurino l'utile collocazione dei capitali

(1) Art. 406. Codice Prussiano par. 1. tit. 20. art. 1. 11. 22. della legge di Baviera. art. 2. 10. 11. 64. della legge del Wurtemberg.

(2) Veggasi specialmente nel Codice Prussiano nella part. 2. tit. 17. art. 275. 301. 121.

(3) Art. 422. 425. Codice Prussiano p. 1 tit. 20. art. 16. 26. 27. 30. 109. legge ipotec. di Baviera.

(4) Art. 414. 427. 429. 520. par. 1. tit. 20 del Cod. Prussiano, art. 48. 64. 84. 87. 88. e segg. della legge del Wurtemberg, art. 16. 23. 32. 93. 97. della legge bavara.

(5) Art. 170. della legge ipot. di Baviera

(6) Art. 11 e 12 della legge sudd. del Wurtemberg.

e la loro conversione in titoli girabili e fruttiferi come qualunque altro effetto pubblico (1).

Ma ciò che spetta all'economia politica non sempre spetta alla giuridica: ella deve imporre delle instituzioni solo ed in quanto sieno necessarie ad appianare i conflitti economici: non già a fecondare e promuovere i commerci e le industrie. Dove la necessità della conciliazione tace, ella pure non opera. Imperocchè tutte le instituzioni sue, siccome limitano la libertà individuale, così non si possono imporre, e non si possono giustificare ove il bisogno non sia urgente.

Un'alta necessità la costrinse a sancire l'assoluta pubblicità tavolare della proprietà nell'interesse del credito fondiario: poichè senza di essa nessuna ipoteca saria stata sicura e quindi possibile. Un'eguale necessità suggerì ai legislatori alemanni di mantenere la sussistenza del credito inscritto, comunque durante l'iscrizione avesse cessato d'esistere: perchè altrimenti sarebbe mancata la possibilità di disporre avanti della scadenza de'capitali accreditati. Ma l'esentuare i cessionarj, i surrogati e in genere chi vuol acquistare i crediti iscritti dal sindacare la validità originaria di essi e del titolo ipotecario rispettivo, non era suggerito da un'estrema necessità: come non era egualmente giustificato il risparmiare a questi terzi la cura di verificare approssimativamente il valore degli stabili ipotecati, mediante una perizia giudiziale, quando colla loro ordinaria prudenza potevano agevolmente stimarla. Queste misure giovano senz'altro agli acquirenti de'crediti ipotecarj, ma opprimono fuor di misura la condizione del debitore e del proprietario: opprimono il debitore, perchè lo obbligano a tradurre ne'pubblici registri tutte le condizioni e le accidentalità del suo diritto soventi volte illiquidi, minuziosi e mutabili negli ordinarj rapporti della vita, nel mentre i terzi colla massima agevolezza possono consultare e possedere il documento creditorio; nuoce al proprietario caricandolo delle spese d'una perizia, che si può risparmiare con altri dati di più facile appercezione. E le perizie ad ogni breve periodo si dovrebbero rinnovare, per la mutabilità della condizione economica degli stabili: d'un immensa responsabilità si caricherebbero i magistrati tenuti alla di loro esattezza; quindi un lavoro opprimente e gravissime spese sprecate, senza che vi corrisponda un'evidente vantaggio.

Si vuol accelerare la mobilità del credito fondiario? Ripetiamolo: si lasci la cura ai privati di provvedere al proprio interesse; si favoriscano le più larghe associazioni, le banche di credito: la libertà economica è possibile dopo che la giuridica ha provveduto completamente alla possibilità del contratto d'ipoteca.

**XXVI.** La superiorità del sistema tavolare germanico promulgato in Ita-

(1) Veggasi per la sistemazione di queste banche l'opera del Salmour: Ordinamento del credito fondiario part. I. cap. I.

lia col Codice civile austriaco, non potea tardare a manifestarsi, e a tradursi nelle instituzioni, se le menti non fossero state di soverchio preoccupate della francese educazione, e una certa qual mollezza tradizionale, non abbastanza superata dalle fiere vicende del secolo, non avesse esagerate le difficoltà dell' attuazione delle riforme. Pure non si può dire che l'Italia fosse soverchiamente restia agli utili rinnovamenti. In mezzo alle ire della ristorazione non mancò il senno pratico ai reggitori de'redivivi governi. Il sistema ipotecario francese fu in sulle prime abolito nella Lunigiana di Toscana (1) e nelle provincie di Piemonte, di Nizza e della Savoja (2); indi a breve tempo conservato e in più luoghi notabilmente migliorato (3). Fu conservato tal quale nel Regno delle Due Sicilie, prima col lasciar sussistere in genere la legge francese, dappoi con un nuovo Códice pubblicato il 26 marzo 1819, obbligatorio nel primo di settembre dello stesso anno (4). Nessuna innovazione concludente vi fu fatta. La teorica de'diritti reali vi manca, e insieme la pubblicità dei dominii. La pubblicità delle ipoteche offesa dall' occultezza di quelle de' minori e delle donne, dalla generalità di queste e delle ipoteche giudiziali, dall'imbarazzante caterva de' privilegi; e per conseguenza inevitabile mantenuta la purga forzata nelle vendite volontarie; quindi la possibile perenzione delle ipoteche delle donne e de' minori. È questa in una parola la peggiore delle leggi ipotecarie che vigono in Italia.

In tutte le altre provincie italiane il sistema francese fu migliorato d'assai.

Nel Ducato di Parma e Piacenza s' era conservato provvisoriamente il Codice Napoleone fino al 23 marzo 1820 (5), epoca in cui fu attivato un apposito Codice civile. Si seguirono in esso le traccie del francese piuttosto che dell' austriaco. La teorica generale de' diritti reali invano vi si desidera, e la pubblicità dei dominii e delle sue limitazioni nell' interesse delle ipoteche vi manca egualmente. Se non che si adottò in modo indiretto il principio della trascrizione della legge del brumale, stabilendosi che le ipoteche si possono inscrivere a carico del nuovo acquirente quaranta giorni dopo la trascrizione, che egli deve fare del suo contratto per purgare il fondo acquisito dalle ipoteche (6): disposizione che non raggiunge nemmanco la generalità di quella del brumale, ma è un eco della interminabile disputa, che si fa in proposito dell' art. 834 del Codice di procedura francese; del quale si può ragionevolmente dubitare, se l'acquirente che non ha trascritto sia pur tenuto alle ipoteche concesse dal venditore ed inscritte dopo la vendita, in tutti i casi, o piuttosto solo allorquando possa dimetterle coll' utilità del prezzo non pagato (7). Questa

(1) Colla legge 3 agosto 1814: indi ristabilito colla legge 24 febbrajo 1821. Sabatini, sistema ipot. pag. 5. Bosellini, leggi ipot. proem. § 205.

(2) Coi Decreti 21 maggio, 22 ottobre 1814, e 22 dicembre 1815. Bosellini, ibid. § 191, 192.

(3) Collezione completa de' moderni Codici civili degli Stati d'Italia, pag. 10. Torino, 1845.

(4) Vedasi questo Codice nella succitata collezione completa di Torino. Il regime ipotecario vi è trattato negli art. 1962 — 2124.

(5) Bosellini, leggi ipot. proem. § 178.

(6) Art. 2219. e seguenti del Codice parmense.

(7) Vedi la nostra trattazione sotto il § XIII. num. 7. e il § XXII. num. 3 e 4.

disposizione parziatissima ripugna poi all'idealismo della realità ipotecaria, in quanto che lascia da un canto supporre che l'ipoteca sussista senza iscrizione, e non obbliga dall'altro e precisamente l'acquirente alla trascrizione.

Il sistema parmense ha però il grande vantaggio d'aver stabilito che tutte le ipoteche dovessero apparire ne' registri pubblici: ma difetta gravemente nell'aver conservato la affettazione generale di tutte le ipoteche anche delle convenzionali (1): difetto per cui dovette conservare pressochè tutti i privilegi del Codice Napoleone (2), e caricare i debitori, de' fastidii delle riduzioni delle ipoteche eccessive (3). Ha pure conservato le purgazioni forzate, comunque non richieste dalla pubblicità delle ipoteche (4), e non bastevoli a sanare l'oscurità de' trapassi del dominio. Vizii son questi inescusabili per il confronto delle vicine leggi austriache: tollerabili appena come avanzamento sulla legge francese.

Pio VII fu il primo tra i principi italiani a promuovere la riforma ipotecaria col Motuproprio 16 luglio 1816. Tralle altre novità legislative consacrava la pubblicità di tutte le ipoteche e di tutti i privilegi, comprese le ipoteche legali delle mogli e de' minori. Nel resto conservava il reggime francese co' molti altri suoi difetti (5).

Il successore Leone XII col Motuproprio 20 gennajo 1828 volle che si ritornasse agli antichi usi (6); ma Gregorio XVI col Motuproprio 10 novembre 1834 ristorò il sistema ipotecario assai meglio che non facesse il suo predecessore. Quello che adottò non è gran fatto diverso dalla legge francese del brumale anno VII, salva una più accurata redazione. Una imperfetta, ma pur salutare pubblicità della proprietà terriera vi è stanziata nell'interesse della pubblicità ipotecaria (7); la quale vi è eziandio guarentita, ordinandosi che tutte le ipoteche e tutti i privilegi per essere reali dovessero inscriversi (8). All'indennità de' minori e delle mogli sono tenuti oltre i tutori, curatori e i dotanti, anche i notaj, i cancellieri solidalmente (9). Il sistema austriaco è ancora migliore, come vedemmo, in questo riguardo, come quello che più radicalmente e con maggiore efficacia vi provvede. Non così fu adottata la specialità di queste affettazioni reati; le inscrizioni sulla generalità de' beni presenti e futuri si permisero per le ipoteche legali e giudiziali (10). Quindi si dovettero conservare tutti i privilegi del Codice Napoleone, e aggiungervene altri ad accrescerne la confusione (11). Stabilita la pubblicità assoluta, non era più

(1) Art. 2183. del Codice parmense.

(2) Art. 2147. Aggiungi che questi privilegi devono essere inscritti, e lo possono utilmente entro un mese dalla loro origine, art. 2151-2155.

(3) Art. 2208. e segg.

(4) Art. 2186. e segg.

(5) Di questo motuproprio si ha un'estratto nella giurisprudenza prat. dello Zini vol. III. par. 2. pag. 129. e segg.

(6) Bosellini, Leg. ipot. proemio § 208.

(7) Art. 49. 185-191. 239. del suddetto motoproprio stampato nella collezione dei Cod. civ. italiani.

(8) Art. 92-101. 154 e segg.

(9) Art. 132-139.

(10) Art. 117-124. 128. 138. 144. 145

(11) Art. 83-91.

un rimedio necessario la purga forzata nelle alienazioni volontarie: eppure si conservò (1). Dopo questi difetti, che non offendono però l'essenza del sistema, quella legge è commendevole per eccellenti disposizioni sulle rinnovazioni (2), sui subingressi (3), e in genere per una grande pulitezza d'esposizione.

In Toscana si riformò il vigente reggime ipotecario francese col Motuproprio 2 maggio 1836, messo in osservanza il successivo primo luglio (4). Si providde alla pubblicità della proprietà mediante i registri censuarii. L'acquirente non può impugnare l'effetto dei privilegi e delle ipoteche, che venissero inscritte sul fondo dai creditori dell'alienante, quand'anche fossero state costituite dopo l'alienazione, nel caso che non avesse praticata la voltura della proprietà ne' registri censuarii in proprio favore (5). I creditori che avessero avuto ipoteca o privilegio dall'alienante, sono abilitati a inscrivere i loro titoli ne' trenta giorni successivi alla suddetta voltura (6), salvo un termine più lungo per alcune cause speciali (7). Questo come ognun vede è principio identico a quello della legge del brumale, salvo la diversità dei registri. Di conseguenza ha li stessi vantaggi e gli stessi difetti. Anche la pubblicità particolare delle ipoteche fu guarentita per tutte le specie delle ipoteche legali, giudiziali e convenzionali, e pei privilegi; ma incorse in due difetti: nel non avere abbastanza provveduto all'indennità delle persone incapaci (8); e nell'avere permesso che l'inscrizione delle loro ipoteche e di quelle del fisco, delle comunità, dei creditori ereditarj e dei privilegi si potesse fare utilmente entro un mese dalla loro costituzione (9). Quest'ultima disposizione, insieme a quella delle inscrizioni dopo la voltura censuaria, non possono non imbarazzare di molto le vendite e i mutui, dovendo i cauti contraenti tenere in deposito più d'un mese il prezzo e il capitale mutuato, con grave danno di chi ne abbisogna prontamente.

L'ipoteca giudiziale si volle che fosse speciale; non così le ipoteche legali (10); quindi si conservarono alcuni privilegi, tra i quali quello del venditore (11). Si conservò la purgazione forzata nelle vendite volontarie (12): misura leditrice de' contratti e non giustificata da necessità alcuna.

**XXVIII.** Negli Stati Sardi si era abolito il sistema ipotecario francese (13), rivenendo alle ipoteche occulte del Diritto romano. Ma col-

(1) Art. 204-219.

(2) Art. 160-177.

(3) Art. 91. 157-168.

(4) Collezione de' moderni Cod. civ. d'Italia introduz. pag. 16.

(5) Art. 117-119. del motuproprio toscano.

(6) Art. 114-116. del sudd. motupr.

(7) Art. 41-43. 45. 90.

(8) Però colla legge 15 novembre 1814 si modellò la tutela di mezzo tra il reggime romano e l'austriaco. Vedila nella collezione torinese, in fine.

(9) Art. 17. 37. 44. 45. 100 — 105.

(10) Art. 81.

(11) Art. 17.

(12) Cap. 12. § 3.

(13) Eccetto il Genovesato, perchè unito al Piemonte alcun tempo dopo la ristorazione Bosellini, Leg. ipot. proem. § 192.

l'editto 16 Luglio 1822 fu, si può dire, rimesso in vigore con molte modificazioni, le quali fra il buono e il cattivo per poco l'avvantaggiarono. Di pubblicità di dominio non si parlò nemmanco. Si volle la pubblicità e la specialità delle ipoteche convenzionali, l'inscrizione dell'ipoteca legale del minore: ma si esentuò quella delle mogli e de' figli sui beni del padre amministratore; molti privilegi s' introdussero ad accrescere il numero già grande di quelli introdotti dalla legge francese (1). Poco tempo visse, perchè soppiantato dal Codice civile Albertino pubblicato il 20 Giugno 1837 (2).

Fu questo compilato quasi esclusivamente sulle traccie del francese, in ben poche cose approfittò del Codice austriaco, molte belle cose v'aggiunse del proprio, specialmente in riguardo al reggime delle acque; ma nulla affatto per riguardo alla sistemazione e alla teorica de' diritti reali. L'instituzione ipotecaria fù quindi trattata a metodo francese, conservandosi qualcuno dei vantaggi introdotti dalle leggi ipotecarie di Parma, Romagna e Toscana. Però della pubblicità de' dominii necessaria all'interesse ipotecario non si prende cura. Sottomette all'inscrizione qualunque specie d'ipoteca e i privilegi che si riferiscono agli immobili; solo accorda un termine utile di tre mesi per l'inscrizione delle ipoteche legali e de' privilegi (3). Le ipoteche legali affettano tutti i beni: ma non i futuri, se non in quanto si inscrivano entro lo stesso termine dopo l'acquisto (4). Quest'omaggio alla pubblicità costa però qualche sacrifizio alle persone incapaci, perchè vi fu adottato un sistema di protezione pupillare simile al francese (5) e spoglio quindi delle necessarie guarentigie che offre il sistema austriaco. Il termine utile di tre mesi concesso per le inscrizioni delle ipoteche legali e dei privilegi, imitazione della legge ipotecaria di Toscana, imbarazza la sollecitudine dei mutui e delle vendite private. Si ridusse il numero de' privilegi concessi dall'editto del 1822, e quelli concessi nella legge francese; pure alcuni si potevano togliere col bandire l'assoluta specialità di tutte le ipoteche, come quelli del venditore, de' coeredi e socii condividenti. Eccessivi poi sono i privilegi del fisco. Facciamo eccezione però circa il privilegio delle migliorie, del terzo possessore e degli architetti che è richiesto dall'economia della proprietà fondiaria (6). E pur buona questa legge circa le rinnovazioni ipotecarie, il cui termine fu

(1) Questa è la legge cui allude Troplong nella prefazione al trattato dei privilegi e delle ipoteche in principio: veggasi di questo editto Bosellini, leggi ipot. proem. § 191. e segg. e il manuale forese del Cod. Albertino vol. 9. sub. art. 2145. e segg. rubrica: Diritto patrio.

(2) Ed ebbe forza di legge il 1. genn. 1838. Collez. de'mod. cod. d'Italia, introduz. p. XI.

(3) Art. 2141. 2115. 2205. e seguenti Cod Albert. Vedi Salmour, credito fondiar. per. 1. cap. 4. pag. 168. e segg.

(4) Art. 2115.

(5) Negli art. 2225. 2230, ove si parla delle persone incaricate dell' iscrizione pei minori e le donne, non si ritengono responsali i pubblici funzionari incaricati della sorveglianza pupillare,

Veggasi sotto il § XLVII. e il § LXV.

esteso a quindici anni. Del resto, concedendo la purgazione forzata nelle vendite volontarie, cade nel difetto comune alle leggi d'origine francese.

Nel Ducato di Modena al tempo della ristorazione s'era abolito il Codice francese, ma conservato il suo reggime ipotecario (1), e lo si estese alle provincie successivamente aggregate (2). Colla legge 3 giugno 1823 si regolò la dilicata materia delle rinnovazioni decennali (3). Finalmente si pubblicò un nuovo Codice civile (4), reso obbligatorio col 1 febbrajo 1852. Il legislatore estense con somma prudenza e perspicacia combinò lo schematismo categorico del Codice austriaco colla ricchezza economica del Codice francese e del sardo. Divise la materia giuridica in due parti, le persone e la proprietà: regolò la tutela e la patria podestà prescrivendo il rendimento annuo de' conti (5), e proibendo l'assunzione o la dazione de' mutui, le cessioni de' crediti, le ipoteche, le alienazioni senza il consenso del giusdicente (6). Imitava adunque con lodevole prudenza la legge Austriaca. L'interesse delle persone incapaci proteggeva, facendo responsabile il cancelliere e il notajo de' danni derivabili dal non avere inscritte le ipoteche legali (7). Qualunque Codice civile dovrebbe contenere un sistema di prove per ciascun diritto che professa. Il diritto senza la prova è un'entità metafisica che non si può adoperare in pratica. Il Codice estense sembrerebbe che avesse lucidamente consecrato questo principio; perocchè sistemava le prove de' diritti costitutivi della persona, o da essa in via mediata provenienti; ma come tutti i codici modellati sul francese, nella parte che concerne i diritti reali, declinava dall'impero della logica, cioè dalla prova organizzata dal sistema tavolare, limitandosi ad adottare il principio della trascrizione, nello stesso modo della legge francese del brumale e di quella vigente in Romagna (8): imperfetto mezzo di pubblicità, ma commendevole riforma, che trasse pur quella della assoluta pubblicità di tutte le ipoteche e dei privilegi (9). La specialità non vi è di rigore, ma possono essere generali fin anco le ipoteche di convenzione (10): quindi si ricorre al rimedio colle riduzioni delle ipoteche eccessive (11), e colla conservazione de' privilegi del venditore, del permutante, del coerede e del donante (12). Della rinnovazione decennale non si parla (13), ma si conserva il diritto degli acquirenti alla purgazione forzata (14): nel che si vede l'imitazione francese, non l'induzione spregiudicata e veramente scientifica.

(1) Decreto 28 agosto 1814, art. 1. Collez. de' Cod. mod. ital. pag. 847. Bosellini, Leg. ipot. proem. § 185-187.

(2) Esteso alla Lunigiana col Decreto 18 gennajo 1816: nel territorio di Castiglione col Decr. 2 aprile 1819: ai Ducati di Massa e Carrara col Decreto 19 dicembre 1836. Collez. de' Cod. ital. pag. 848. 849, 868.

(3) Collez. sudd. pag. 859. vedi ivi pag. 867 anche l'altra legge 19 luglio 1853.

(4) Il 25 ottobre 1851.

(5) Art. 274. 305-311. Cod. estense.

(6) Art. 286-295.

(7) Art. 2190.

(8) Art. 2105-2113.

(9) Art. 2141-2147. 2186. 2196.

(10) Art. 2172. 2185.

(11) Art. 2210. 2216.

(12) Art. 2139. 2185.

(13) Art. 2146, 2209.

(14) Art. 2242. e segg. del sudd. Cod. est.

Nel cantone Ticino si pubblicò pure il 16 Giugno 1837 un Codice civile prezioso per brevità e chiarezza. Però manca della pubblicità de' dominii; nè convenne nel sistema ipotecario francese od austriaco. Ei trascorre in un'ingegnosa transizione dal Diritto romano alle moderne instituzioni, e tin' anco le avanza arditamente. L' ipoteca non è che una delle guarentigie, che assicurano al debito personale un dato grado di prevalenza. Il Codice francese avea detto: chi obbliga la persona obbliga i suoi beni (1); ma in fatto stabilì che i beni non fossero obbligati pel solo fatto dell'obbligazione personale (2), ma solo in virtù de' privilegi e delle ipoteche. Invece il Codice ticinese tradusse alla lettera quel dettato: il debito personale in ragione della sua anteriorità e poziorità obbliga i beni presenti e futuri del debitore. Ogni debito affetta la proprietà in ragione di questa sua doppia prerogativa: dell'anteriorità di tempo e della poziorità di causa (3). Prima causa di prelazione sono i privilegi propriamente detti, che non sono punto diversi da quelli del Codice Napoleone (4). Seconda causa sono i crediti notificati al registro ipotecario. Nella terza vengono i crediti apparenti da istromento, e le ipoteche legali e giudiziali qualora non fossero iscritte: nella quarta i crediti apparenti da polizza contrassegnata da due testimonj o da un notajo; nell' ultima i crediti apparenti da polizza semplicemente firmata dal debitore (5). I crediti che concorrono in pari causa si preferiscono in ragione dell'anteriorità della rispettiva origine.

La proprietà è quindi immedesimata colla libertà e responsalità personale. Bisogna quindi purgarla dai debiti ad ogni trapasso (6). L'ipoteca non perde la sua specifica natura: ma acquista solidità sulla pubblicità dell'inscrizione. Nemmanco il credito personale vi è sacrificato, perchè può rinunciare e all'inscrizione e alla forma notarile: anzi avvantaggia, perchè anche senza un titolo espresso può prendere l'iscrizione (7). Il più rilevante difetto dopo l'occultezza de' dominj, consiste nell'aver tollerata l'iscrizione generale: cagione alla sua volta dei privilegi del venditore e del coerede. Noi non prenderemo qui ad esame l' identificazione dell'obbligo personale col reale: la cui distinzione è pur preziosa alla libertà de' dominii; nè accetteremo alcuna precedenza de' debiti anteriori quando essi non siano veramente reali e quindi palesi al pubblico: ma considerato questo sistema colle basi sulle quali si fonda, non crediamo che lo si avesse potuto imaginare in modo più semplice e più regolare.

**XXVIII.** In Italia adunque, fatta eccezione delle provincie lombardo-venete vediamo predominare il sistema francese, ma col movimento

(1) Art. 2092. Cod. franc.

(2) Vedi la critica instituita nel nostro § VIII. num. 1.

(3) Art. 1104-1106. Cod. ticinese.

(4) Art. 1178. 1185. Cod. ticin.

(5) Art. 1165. 1148. Cod. tic.

(6) Art. 1186. 1227-1255. Cod. tic.

(7) Sull'art. 1161, ove si parla de' dati da offrirsi per l' iscrizione, non si parla della menzione del titolo all' ipoteca.

progressivo dal Codice Napoleone alla legge del brumale. Il sistema tavolare germanico non vi ebbe prospera fortuna; ma può dirsi a ragione che la sua presenza determinò efficacemente quel parziale progresso alla pubblicità e specialità de'dominii e quindi dell'ipoteca.

L'ugual movimento progressivo è pure decisamente avviato nella restante Europa.

Come nel canton Ticino, così nelle altre parti della Svizzera la pubblicità ipotecaria è caldamente parteggiata, però con molta varietà di sistemi. Nel cantone di San Gallo, colla legge 5 marzo 1818 l'instituzione ipotecaria antica sarebbe stata conservata; ma si regolò la formazione della *lettera ipotecaria*, mediante l'intervento dell'autorità comunale; la quale fa stimare l'immobile, cita il debitore, con giuramento gli fa manifestare i carichi, espone la lettera in pubblico per quindici giorni, riceve le opposizioni de'terzi; indi sanziona la lettera. Il creditore quando vuole la mette in commercio: ogni pagamento deve risultare sopra di essa con autenticazione del sindaco (1). La creazione di questa lettera corrisponde perciò alla formula ipotecaria, è la vera mobilizzazione del valor fondiario; ma è troppo esclusiva e parziale: nè sarebbe applicabile per le vaste proprietà, e non s'adatta a tutte le esigenze del credito personale.

Nemmeno nel cantone di Vaud ci ha la pubblicità de'dominii; ma colla legge 11 giugno 1819 si bandì la pubblicità e specialità di tutte le ipoteche, e come ne' sistemi germanici non si concede la purga forzata nelle alienazioni volontarie (2).

Lo stesso sistema fu stabilito nel cantone di Friburgo col Codice pubblicato negli anni 1834, 1835 (3): solo vi si aggiunse l'acconcio provvedimento delle prenotazioni.

Nel cantone di Berna invece fin dell'anno 1803, e poscia col Codice pubblicato negli anni 1824, 1828, e 1831 fu provveduto alla pubblicità dei dominii (4). Ogni alienazione di stabili dev'essere rassegnata al tribunale, e l'autorità amministrativa ne' seguenti otto giorni ne rende avvertiti i creditori inscritti (5). Ogni ipoteca è paragonata all'alienazione in ciò che deve essere inscritta (6). Però non riconosce ipoteca se non in forma di lettera (7); che si redige dal tribunale come nel cantone di San Gallo, previa la stima dell'immobile e la ricognizione delle passività inscritte (8).

Un progresso assai più deciso tentavasi a Ginevra dal 1827 al 1830; ma non si riescì che ad un semplice progetto. Il sistema della pubblicità assoluta di tutti i diritti reali degl'immobili vi fu dedotta con incredibile nettezza e precisione, che nulla più potrebbe desiderarsi, se non se

(1) Saint. Joseph, concordance, pag. 181 e segg.

(2) Saint Joseph, Concordance, pag. 134 e segg.

(3) Saint Joseph, pag. 263 181 e segg.

(4) Saint Joseph, pag. 250, 243 e segg.

(5) Art. 415. 435-445. del Cod. bernese.

(6) Art. 486.

(7) Art. 952.

(8) Art. 955-958.

una cosa: che cioè invece di prendere a base la proprietà giuridica, cioè l'intestazione nominale del possessore, che è difficile e pericolosa per la simultaneità e varietà de' possessi, avesse posta la proprietà economica, cioè l'intestazione materiale dei fondi, assai più obbiettiva e fissa: come si usa ne' sistemi tavolari di Germania. Del resto e i dominii e le loro variazioni e smembramenti, e la libertà personale di disporne, e le limitazioni reali delle servitù, delle sostituzioni, delle clausole risolutive, delle ipoteche vi appajono inscritte colla massima evidenza. Alle iscrizioni si attribuisce la presunzione *juris* del titolo; da questa presunzione si difendono gli interessi contrarii colle proteste e le prenotazioni; la mobilità de' crediti inscritti si facilita coll'assoluta pubblicità de' dominj, e colla conservazione loro, mediante una presunzione *juris et de jure* finchè non sieno cancellate, e col non permettere le purgazioni forzate a ogni mutamento di proprietario (1). Eccellente progetto; il quale, sebbene non si sia voluto tradurre in legge per il volgare pretesto della difficile sua attuazione, contiene insigni precetti pei futuri legislatori.

Nelle altre parti d'Europa si riscontra lo stesso movimento progressivo. La Svezia ha un Codice civile che data dal 1734, ove le idee romane sono soggiogate dalla spontaneità nazionale, e la trasmissione della proprietà non altrimenti vi è riconosciuta se non fosse fatta dinanzi ai magistrati. Però non ci ha il sistema tavolare (2). Il 13 luglio 1818 vi fu attuata una legge speciale sulle ipoteche; la quale consiste in queste due cose: tutti i crediti sono per se soli suscettivi d'ipoteca; qualunque ipoteca si deve inscrivere con un processo non differente da quello della prenotazione austriaca; in conseguenza del primo principio si provvidde alla liberazione della proprietà colla purga forzata de' trapassi (3).

Il sistema francese venne adottato e migliorato in Grecia, in Olanda, nella Baviera Renana, e recentemente anche in Francia.

In Grecia colla legge speciale 11 agosto 1836 (4) non si provvidde alla pubblicità de' dominii, perchè di difficilissimo impianto in paese novissimo alla civiltà moderna; ma si formulò nettamente l'ipoteca sulla pubblicità e specialità assoluta dell'inscrizione, coll'opportuno ripiego della prenotazione. È rimarchevole questa legge anche per la bontà di molte particolari decisioni.

L'Olanda quand'era unita al Belgio col progetto del Codice civile dell'anno 1820 avea dato mano alla pubblicità de' dominii, non riconoscendo la proprietà e le sue limitazioni reali se non a patto della tra-

(1) Saint Joseph, concordance, pag. 181. e segg.

(2) Codice civ. tit. della proprietà fondiaria cap. 4 Vedilo in Saint Joseph, concordance pag. 187. e segg.

(3) Vedila in Saint. Joseph, loc. cit. pag. 180. col. 1. e segg.

(4) Vedila nella Revue étrangère di Foelix. no. IV. tom. IV. pag. 139. donde fu tratta da Saint Joseph, concordance, pag 180. e segg.

scrizione nei registri ipotecarj (1). Separatosi il Belgio dall'Olanda, il primo ritornò senz'altro al sistema francese (2). Al contrario in Olanda colla legge 28 aprile 1834 si rifiutò il sistema ipotecario del Codice Napoleone per quello della legge del brumale: adottata la trascrizione de' dominii, la pubblicità e specialità di tutte ipoteche messa a base del sistema; quindi abolite le ipoteche legali occulte e i privilegi del venditore e del socio dividente; abolita la rinnovazione decennale e la inutile formalità del rilascio (3): introdotta la surroga legale del terzo possessore; non fu abolita la purga forzata nelle vendite volontarie, ma saggiamente temperata nell'interesse dei creditori (4).

Nella Baviera renana fu pure migliorato il sistema francese, ma in un modo dissimile. Ci ha la stessa pubblicità de' dominii, salvochè la trascrizione non si fa agli ufficii ipotecarj, ma a quelli del Registro dei contratti: senza questa pratica, la proprietà non s'acquista nemmanco nei rapporti particolari tra i contraenti. Valgono le ipoteche del venditore se inscritte ne' quindici giorni successivi alla trascrizione. Non solo i dominii, ma le clausole risolutive e le proibizioni della libera disponibilità devono essere trascritte, come ne' casi delle doti, de' sequestri, de' contratti di fitto. Ma dopo di ciò nulla fu fatto di meglio. Conservate le ipoteche legali occulte, le generali, indi i privilegi del sistema fran-[illegible] la realità ipotecaria restava vulnerata (5).

**XIX.** Finalmente la Francia istessa dovette sacrificare all'evidenza della [illegible]rità e alla trista esperienza la esagerata opinione che s'era fatta del suo sistema. Fra i pregiudizii d'un fiacco ecletismo e d'una dissolvente casuistica, non le mancarono uomini cordiali ed eletti giureconsulti, che la spinsero sulla via delle riforme. Però meglio della giuridica ella vi fu indotta dalla insistenza degli economisti, e dalla larghezza de' loro studi; come quelli i quali richiamarono sul credito fondiario l'attenzione de' pubblicisti, e distrassero i giureconsulti dall'esclusività delle loro dottrine. Già il governo di Luigi Filippo avea provocato gli ingegni della nazione a studiare sul miglior sistema ipotecario da adottarsi. Universalmente fu riconosciuto il bisogno di mutamenti, che conducevano alla sistemazione della nostra formula suprema dell'ipoteca. Nell'Assemblea legislativa del 1850 furono discussi varii progetti di legge. Un'apposita commissione rappresentata dal relatore Vatimesnil li rifondeva in un solo (6); il quale stava per ottenere la sanzione, se la caduta del governo

(1) Art. 740. 780. 842. 1516. 1730. del Cod. de' Paesi Bassi. Vedi Revue étrangère de legislation, par. M. Foelix, an. 1. tom. 1. pag. 641.

(2) Troplong, des priv. et hyp. préface.

(3) Veggasi in proposito la nostra critica nella Part. 2. Cap. 2. § LXVII.

(4) Vedasi questa legge in Foelix, loc. cit. in Troplong. loc. cit. in Saint. Joseph, concordance pag. 154. e segg.

(5) Veggasi questa legge dell' anno 1837. nella Revue étrangère di Foelix. an. 3. tom 3. pag. 77.

(6) Rapporto 25 aprile 1850: Moniteur universel, detto giorno num. 116. supplément. Discusso il 20 giugno, nel mese di dicembre 1850: e nei mesi di gennajo, febbrajo e marzo del 1851.

repubblicano non l'avesse impedito. Sotto molti riguardi fu un tentativo, nel quale le idee segnarono un grande progresso. Però è facile lo scorgere, che se il teorema economico fu posto nettamente, non egualmente vi corrispose la giuridica nel decifrarlo come problema. Le discipline economiche hanno dato le loro ultime conclusioni; esse sono savie e inappellabili. Ma la giuridica non seppe adempiere esattamente all'ufficio suo; imperocchè ritornava alle idee della legge del brumale, con alcuni emendamenti, che non bastano al suo assunto (1). La pubblicità de' dominii e delle loro limitazioni vi fu considerata come forma essenziale della realità loro; ma pur vedemmo in parlando della legge del brumale quanto fosse improprio e pericoloso il metodo della trascrizione agli ufficii ipotecarj. Non parlavasi della necessità di trascrivere tutti i trapassi anteriori in modo, che si conoscesse tutta la serie dei proprietarj, a carico de' quali sussistessero oggidì delle ipoteche. Imponeasi la trascrizione di tutte le limitazioni reali, che diminuiscono il valore della proprietà; ma si propose di abolire l'effetto delle clausole risolutive: cosa cui si saria potuto ovviare, pensando ad una migliore sistemazione de' libri pubblici. Doveano pur essere pubbliche le ipoteche legali: ma per quanto si dicesse e si facesse, i minori e le mogli non ottenevano le garanzie necessarie nel caso dell' ommessa inscrizione. La responsalità comminata al cancelliere del tribunale e al notajo, non bastava; abbisognava piuttosto d'un metodo organico delle tutele, simile a quelli di Germania. Si abolirono le ipoteche giudiziali; perchè, fuorviati da un malinteso zelo per la libertà individuale, dinegavano al giudice l'autorità costitutiva delle medesime; autorità che è pure la sanzione d'ogni diritto individuale (2). Quindi non è meraviglia se non si facesse parola delle prenotazioni: necessario provvedimento intermedio fra la realità lavolare e il diritto personale. Le ipoteche legali si mantennero generali: quindi conservati i privilegi che da esse difendono il venditore, il permutante, il condividente, i creditori dell' eredità e i legatarj (3); quindi la formula economica, per cui l'affettazione reale e la mobilizzazione della proprietà fondiaria dove essere proporzionata ai bisogni, ricevette un'altra offesa. Si adottarono de' salutari provvedimenti circa il criterio per stabilire le nullità d' un iscrizione. Le rinnovazioni si portarono forse troppo lungi a trent' anni. Uguagliavasi la prescrizione dell' ipoteca a quella del credito. Sopprimevasi l'inutile formalità del rilascio prima dell'esecuzione; e toglievasi all'acquirente per titolo volontario il diritto iniquo di dimettere i crediti inscritti senza riguardo alla loro scadenza; colla qual' ultima disposizione troviamo appoggiata la critica che facciamo in questo riguardo alla purga forzata.

(1) Veggasi il rapporto Vatimesnil 25 aprile 1850.

(2) Suddetto rapporto Vatimesnil, num. 5.

(3) Invece si soppresse il privilegio degli architetti e de' costruttori, che pure giova alle migliorie degli stabili, e che inscritto in tempo non nuoce ad alcuno. Vedi il sudd. rapporto Vatimesnil, n. 5.

Si volle attuare il teorema economico attribuendo al credito ipotecario la circolabilità d'ogni altro valore. Ma si riescì manifestamente all'opposto intento. Si pensò di dare alla nola dell'inserizione la virtù d'una lettera di pegno, che si potesse cedere per semplice girata, salvo un'annotazione ne' regislri ipotecarj per l' indennità dei terzi, e co' privilegi di una lettera di cambio. Ma la lettera e la girata obbligherebbero cambiariamente i singoli giranti; nel caso che si obbligassero con garanzia solidale; e dopo levato il protesto contro il debitore, dovrebbono pagare nei trenta giorni successivi alla scadenza. Cosa sarebbe avvenuto? Il possessore del credito ipotecario avrebbe stimato meno pericoloso di retrocedere co' privilegi cambiarj ai giranti e al debitore, che non esporsi al regresso cambiario con ulteriori girate. Ben è concepibile che nel mondo commerciale le lettere di cambio ottengano un rapido spaccio: ma tra i commercianti è pur agevole d'aver in pronto i capitali coi quali far fronte ai regressi. Fra i privati invece, e trattandosi di crediti ipotecarii assai più rilevanti, non è così facile nel breve tempo di un mese di provvedere ai rimborsi molte volte imprevedutí. I creditori adunque e il debitore dell'ipoteca sarebbero oltremodo spaventati da questa eccezionale obbligazione. La circolazione degli effetti ipotecarj riescirebbe pericolosissima, quindi impossibile; e in ultimo risultato tutto il sistema condurebbe alle frequenti e precipitose espropriazioni (1). L'unico modo di sottrarre il possessore a questa rovina consiste nel facilitare la circolazione del titolo, che arreca il credito ipotecario; ma per favorirla abbisognava che lo si confortasse in modo tale, che chiunque facilmente potesse assicurarsi del suo valore intrinseco, potesse valutare la sicurezza del rimborso. Con questa favorevole valutazione, invece di venire all'espropriazione, il possessore troverebbe più utile di venderlo anche con qualche sconto. Ogni cessionario avrebbe lo stesso vantaggio: e nella lunga circolazione passerebbe tanto tempo quanto abbisognasse al possessore dello stabile per provvedere al pagamento. Ma ad ottenere questa sicurezza obbiettiva del documento ipotecario non bastava che si stabilisse che il pagamento parziale del debito ipotecario dovesse apparire sulla nota originale dell' inscrizione. Tutto il sistema dovea essere predisposto in guisa, che il cessionario potesse assicurarsi della sussistenza degli altri elementi costitutivi del diritto che gli si offre, e della utilità sua comparativamente alle altre limitazioni della proprietà ipotecata. Al che non si potea giungere se non col sistema tavolare, e colle idee germaniche. La giurisprudenza francese non seppe rinunciare alle sue tradizioni; e il problema ipotecario rimane presso che intatto.

Tuttavia gli economisti non s' acquietarono. Da molto tempo accarezzavano l' idea di stabilire delle banche di credito fondiario, e ne fecero in varie epoche molti tentativi. Essi non presero a fastidio le innovazioni

(1) La Corte di Cassazione francese avrebbe pure fatte queste obbiezioni. Vi alluse Valamesnil nel suo rapporto, ma non vi prestò la debita attenzione.

di Germania; anzi se le appropriarono con lodevole premura (1). Già, come dissimo, in molte provincie tedesche s'erano stabilite, e prosperavano le società intermedie tra i capitalisti e i possessori territoriali. Dal loro esempio si prese animo, e da ultimo si riuscì ad ottenere dal governo francese coi decreti 28 febbrajo, 28 marzo, 18 ottobre e 31 dicembre 1852, i primi regolamenti organici delle società di credito fondiario. Col decreto 10 Dicembre 1852 se ne costituì una in Parigi per tutta la Francia (2); la quale risulta da una società anonima di capitalisti, e s'impegna da una parte di prestare sopra ipoteca ai proprietarj sino alla somma di duecento milioni cogli interessi del cinque per cento, che coprirebbero le spese e l'ammortizzazione del debito in cinquant'anni; dall'altra parte si propone di creare, per un valore eguale a quello degli impegni ipotecarj sottoscritti a suo favore, delle obbligazioni producenti un'annuo interesse, rimborsabili mediante estrazione a sorte, le quali si possono negoziare come ogni altro effetto di banca. Ella guarentisce le sue operazioni con un fondo sociale di sessanta milioni ammassato per centoventi mille azioni.

Ma perchè questa associazione prosperasse, era giuoco forza che il problema giuridico dell'ipoteca fosse sciolto: dalla convenieniente soluzione di questo può solamente dipendere la sua fortuna. Certo non avria potuto funzionare affatto se la pubblicità assoluta delle ipoteche non fosse stata guarentita. Quindi il governo imperiale ordinò che essa non potesse prendere alcuna ipoteca, senza purgare il fondo offerto dalle ipoteche legali e dai privilegi non iscritti: al qual scopo le concedeva la facoltà giuridica (3). Ma la pubblicità ipotecaria è illusoria, senza quella de' dominii. Col 1. gennajo 1856 fu attivata una legge, che fece obbligatoria la trascrizione nei registri ipotecarj di tutti gli atti traslativi della proprietà, affinchè questi atti non si potessero opporre ai terzi, che avessero contrattato in base alle risultanze dei registri (4).

Così per gli urgenti bisogni delle pubblica e privata economia il reggime ipotecario francese ebbe qualche sollievo; ma nella sistemazione giuridica continua ad essere il peggiore tra tutte le instituzioni moderne.

**XXX.** Emerge adunque con questa graduata varietà delle instituzioni ipotecarie di Europa manifestamente provato ciò che dicevamo a principio: come la pubblica opinione converga oggimai alla finale unificazione, che è rappresentata nell'ordine dei fatti dal sistema tavolare, e nell'ordine ideale dalla suprema formula economica, che abbiamo messa a pre-

(1) Superiore ad ogni elogio è la condotta di M. Wolowski nel propugnare le idee dei sistemi ipotecari di Germania alla tribuna francese, e nel promuovere con grandissimo zelo le associazioni di credito fondiario.

(2) Vedansi questi decreti colla relativa convenzione 18 novembre 1852 e cogli statuti di questa società nell'opera di Salmour. Credito fondiario pag. 551-556, 590 e segg.

(3) Decreto 28 febbrajo 1852. tit. 4. e decreto 20. Giugno 1853.

(4) Veggasi questa legge in Mourlon, Examen critique au commentaire de M. Troplong num 351.

dicato della nostra critica. Per tal via provveduti dalla esperienza comparativa possiamo ora sottoporre a disamina la instituzione ipotecaria che vige nel Regno Lombardo-Veneto, con una sufficiente sicurezza di giudizio, che ci difenda in molta parte dalle preoccupazioni affatto subbiettive.

Il sistema tavolare austriaco non è per anco attuato nella patria nostra, come dicemmo già, e si conserva in suo luogo l'instituzione ipotecaria francese, con quei miglioramenti che si poterono introdurre per la salutare influenza del nostro Codice civile. Col dire questo è pure implicito il dire, che manca la pubblicità dei dominii e delle loro limitazioni giuridiche: difetto essenziale ad ogni tollerabile reggime ipotecario, e che per avventura è l'unico tra i gravissimi sconci del sistema francese che si sia mantenuto. La qual cosa non può non arrecare una forte meraviglia, e questa non accrescersi in pensando come il Regno Lombardo-Veneto, il più ricco e florente per vivacità economica, sia appunto pressochè il solo tralle provincie dell'Impero austriaco regolate dal Codice civile, che versi già da quarant'anni in questa privazione eccezionale con grave detrimento dei privati commerci. E non agevolmente se ne potrebbe scagionare affatto il Governo, nel quale quanto maggiore è la sapienza legislativa, tanto maggiore dovrebbe essere la sollecitudine delle sue cure riformatrici. Se non che per essere giusti dovremo anzitutto apprezzare molti e utilissimi provvedimenti, co' quali sanò il sistema francese dai mali, onde sembrava incurabilmente travagliato; e insieme terremo conto delle gravi difficoltà che gli si affacciarono, e nella opinione mal predisposta del paese, e nella preparazione amministrativa. Egli si è anzi in ogni tempo lusingato della possibilità pratica di questa fondamentale riforma; e nelle principali leggi che promulgò in questo proposito accennava e prometteva di effettuarla tantosto (1). Ma ad onore del vero dobbiamo pur confessare, come per assai tempo la comune de' nostri giureconsulti avesse resistito alle sue provvide intenzioni, esagerando le difficoltà pratiche di quella instituzione: quasichè la proprietà fondiaria di queste provincie offrisse delle difficoltà specialissime, che non fossero state superate altrove (2). Però era questo un mero pretesto, che palliava una secreta antipatia contro un reggime, la cui bontà non potea essere apprezzata nelle loro menti: come quelli che non seppero fare un'onesta accoglienza al vigore sistematico della civile legislazione di Germania, ed emanciparsi per tempo dai pregiudizii della fiacca educazione francese, non diremo col sollevarsi ad una dignità scientifica, che facesse onore alla spontaneità nazionale, ma almeno coll'inchinarsi al progresso operato dalle altre nazioni. Nessuna instituzione ci può essere d'altronde che non incontri delle gravi difficoltà, le quali, se possono

(1) Specialmente nella determinazione 16 marzo 1816 del Governo lombardo.

(2) Come avvertivasi molto acconciamente nel Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, an. 3, 1850, num. 24.

valere a renderci canti e guardinghi nell'attuarla, non valgono però in causa di una passaggera sfiducia ad assolverci dall' obbligo gravissimo che ci corre di concorrere alla effettuazione del bene colle cure migliori che per noi si possano.

Frattanto l' esperienza, giudice inappellabile della utilità delle cose civili, non tardò a raddrizzare l'opinione pubblica in favore della pubblicità assoluta dei dominii; e colla massima soddisfazione vedemmo gli uomini più autorevoli del nostro paese elevare efficacissimi voti per la riforma, dalla quale dipende l' ultima perfezione del nostro regime ipotecario (1). E li veggiamo aggiungere ai voti anche degli utili consigli, ai quali noi ci associeressimo volentieri, se non ci vedessimo prevenuti dal Legislatore, che anzi sembrerebbe che voglia soddisfare ai bisogni oltre la nostra aspettazione.

Perciocchè già da qualche anno intraprese la riforma del censo prediale del Regno Lombardo-Veneto, disponendolo in modo che i suoi registri designassero le minime frazioni della proprietà colla più scrupolosa precisione. Compiute le operazioni del nuovo catasto nelle provincie di Padova, Rovigo e Venezia, la Giunta del Censimento colle Istruzioni 7 maggio 1839 obbligava all' intestazione i debitori diretti dell' imposta prediale, cioè i proprietarj assoluti, gli usufruttuarj e gli utilisti, e insieme i comparteccipanti alla proprietà e godimento, quali sono i direttarj, ec. Indi col regolamento e le istruzioni 20 maggio 1846, sistemava i trasporti censuari in tutto il Lombardo-Veneto, allo scopo di metterli in consonanza colle mutazioni che avvengono nella pertinenza del possesso, della proprietà, del godimento e negli altri rapporti legali, stabilendo per massima generale, che prima si dovesse regolare la partita o l' intestazione de' precedenti trapassi (art. 7.), indi si effettuasse il trasporto documentandolo co' titoli appositi, e designando esattamente i fondi e i numeri di mappa che vengono nella nuova intestazione. Le divisioni d'un intero numero di mappa si devono delineare anche nelle mappe catastati, facendo il riparto del perticato e dell' estimo a cura dell'ufficio censuario, di maniera che un sol numero di mappa può divenir suscettibile d' una suddivisione all' infinito.

Ed ecco omai fatta possibile la pubblicità dei registri censuarii nell'interesse della proprietà e delle ipoteche. Identificati i fondi fin nelle ultime particelle delle aree, accertati i proprietarj assoluti, i direttarii, gli utilisti, gli usufruttuarii, e tutta la serie storica de' medesimi: ecco possibile di adottare i principii formali del Codice civile, circa la presunzione *juris* della iscrizione ne' rapporti tra i possessori e la presunzione assoluta della proprietà in favore delle ipoteche. Mancherà l'evidenza immediata del vero sistema tavolare, come quello che contiene sinottica-

(1) Fra gli altri facciamo menzione di Basevi nelle Annotazioni al Codice civile Aust. sotto i §§ 431. e segg. nel trattato sulla legge di procedura, cap. 11. n. 6. e Mattei, i §§ del Cod. civ. aust. Introduz. al cap. del diritto di pegno.

mente tutta la condizione giuridica della proprietà prediale. Tuttavia facendo ragione della diversa condizione delle provincie meridionali, si può, almeno per ora, limitarsi a questo transitorio sistema; il quale nell'atto della sua effettuazione civile può essere modellato con somma precisione di particolari e con immenso vantaggio del sistema ipotecario. Aspettiamo ed affrettiamo coi voti che il Legislatore compia l'opera sua, dalla quale l'ipoteca otterrà quella robustezza di complessione, che sia bastevole perchè adempia ai salutari ufficii richiesti dal teorema economico, che ne costituisce la sua ragion civile.

**XXXI.** Dopo questo desiderio il sistema vigente è nella sua parte sostanziale fortunatamente assodato mercè un'azione riformatrice progressiva, che il Governo austriaco ha con mirabile prudenza ed efficacia praticato dopo l'introduzione del vigente Codice civile.

Colla Determinazione 16 marzo 1816 si conservarono gli ufficj ipotecarj del cessato regno d'Italia nella loro primitiva organizzazione, colle forme e discipline sussistenti circa l'iscrizione, le rinnovazioni e le trascrizioni che abbisognassero nel processo di purgazione. Attesa l'inapplicabilità del sistema tavolare si conservarono le leggi anteriori circa l'acquisto e il possesso dei dominj (1). Circa le ipoteche si mantennero i diritti acquisiti sotto l'anteriore reggime, ma quelle acquistate dopo il 1 gennajo 1816 si dovettero informare colle nuove leggi, cioè obbligate alla pubblicità e alla specialità senza eccezione. Per questa salutare innovazione non abbisognò più la purga forzata di queste ultime ipoteche nel caso delle vendite volontarie, ma per il momento occorreva un giudizio preparatorio, non per purgare, ma per far conoscere ai compratori le antiche ipoteche occulte. Uscì quindi la Sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 a regolare questa difficile materia (2). Ma l'occultezza e la generalità delle ipoteche antiche ingombrava e corrompeva tutto il sistema, rendendo più difficili e meno sicure le contrattazioni, e diminuendo essenzialmente il credito privato, contro lo spirito della nuova legislazione. E la Sovrana Patente 19 giugno 1826 mise la falce alla radice di questi mali, ordinando che si inscrivessero tutte le ipoteche occulte entro il mese di dicembre dell'anno 1827; termine prorogato a tutto il mese di giugno 1828 (3); e tutte le ipoteche e i privilegi che affettavano la generalità dei beni si specializzassero a determinati beni entro il dicembre del 1828: termine prorogato a tutto l'anno susseguente (4). L'iscrizione e la specializzazione fatta entro

(1) Ci fu in principio qualche esitazione nella pratica circa la sussistenza dei diretti dominii, degli usufrutti, che si volevano soggetti all'inscrizione ipotecaria: ubbie ereditate dalla giurisprudenza francese, e che dovevano tosto scomparire nella luce della teorica austriaca dei diritti reali.

(2) Vedi la Notificazione 27 ottobre 1820 del Governo lombardo, e 13 novembre 1820 del Governo veneto.

(3) Vedi la Notificazione 25 novembre 1826, e 20 dicembre 1827 del Governo lombardo.

(4) Notificazione 28 dicembre 1828 del Governo lombardo, e 25 dicembre d. anno del Gov. veneto.

questi termini confermava ai creditori l'ipoteca o il privilegio giusta l'ordine e la priorità, che a termini di legge poteva loro competere nei rispettivi luoghi all'epoca dell'attivazione del Codice civile austriaco. L'obbligo dell'iscrizione e della specializzazione delle ipoteche legali era imposto ai rappresentanti, ai tutori e mariti; e nel caso che spettassero ai minori o a persone soggette a cura, l'iscrizione era anche specialmente raccomandata alla vigilanza dei giudici pupillari; i quali nel caso che indugiassero i tutori o curatori doveano farla essi eseguire d'ufficio. Se questa fosse stata presa dopo la scadenza dei termini assegnati non conservava l'efficacia originale, ma prendeva nuovo vigore, se ed in quanto poteva valere come una nuova originaria iscrizione; quindi inefficace contro i terzi possessori. Con questa legge si suppliva altresì ad un difetto della legge francese in ciò che regolava dettagliatamente le modalità delle rinnovazioni decennali (1).

Il Codice civile aveva introdotto, come vedemmo, l'eccellente metodo delle prenotazioni ipotecarie, e l'aulico Decreto pubblicato nei giorni 27 e 28 aprile 1827 dai Governi di Venezia e di Milano ne sistemava uniformemente la procedura (2).

Liberato il sistema dalle ipoteche occulte e generali, cadevano le altre perniciose superfetazioni, che necessariamente ne derivavano. Il numero dei privilegi sugli immobili fu semplificato in modo da ottenere una facilissima classificazione, e insieme uno sgombro utilissimo alla libertà dei dominii e alla sicurezza del credito (3). Cadeva quindi la procedura della dichiarazione delle ipoteche occulte; e della purgazione forzata nelle vendite volontarie (4). Il nostro sistema adunque per ottenere una incontrastabile perfezione nel suo costrutto sostanziale non manca d'altro che della pubblicità dei dominii e delle altre loro affettazioni reali.

Però con dir questo non lo diciamo perfettissimo nelle sue disposizioni secondarie e nelle sue attinenze estrinseche; e perchè nol fosse bisognerebbe far astrazione dallo stato di transizione in cui versa, non solo questo, ma la massima parte dei sistemi ipotecarj d'Europa. A tutta prima però non converremo coll'opinione di moltissimi dei nostri giureconsulti circa la legittimità e la bontà del metodo delle prenotazioni tal quale si usa in pratica. Noi non pretendiamo di imporre la nostra opinione a quella di uomini versatissimi e benemeriti della patria giurisprudenza; teniamo calcolo delle difficoltà razionali e pratiche che può incontrare una nuova istituzione; pure propugneremo perchè sia conservata nella larghezza d'applicazione che le è attribuita, salve le necessarie limitazioni che esporremo a suo luogo (5).

(1) Solo è desiderabile che il Legislatore avesse ajutato la giurisprudenza pratica nel fissare un criterio per determinare il quando non sia più necessaria. Noi ne abbiamo fissato uno nel § XLIX della Parte II, che imaginammo di desumere dalla teorica generale della prescrizione.

(2) Veggasi il Capo IV della Parte I.

(3) Vedi il nostro § XLVII della Parte II.

(4) Come si ha dalle Notificazioni 10 agosto 1828 dei Governi di Lombardia e Venezia.

(5) Vedi il Capo IV § XXX della Parte I.

Piuttosto additeremo all'attenzione del Legislatore come sia esorbitante il privilegio che attribuisce al fisco per le tasse d'arti e commercio, le quali sono parificate all'imposta diretta, e che perciò opprimono la proprietà terriera e il credito ipotecario di un debito che è affatto personale e che la pubblica amministrazione può agevolmente esigere con limitato privilegio sulla masserizia de' commercianti ed artigiani (1). Accuseremo e insisteremo con più di fervore per la riforma della vendita fiscale dei beni immobili, la quale trasferisce la proprietà di essi libera affatto dalle ipoteche iscritte. Gli è ben vero che i creditori ipotecarj possono nei tre mesi successivi alla vendita ricuperare il fondo, se fu venduto con loro detrimento al di sotto del giusto valore, o chiedere il pagamento sul residuo prezzo che il compratore deve depositare nella cassa comunale. Ma quante volte può avvenire che essi non abbiano notizia dell'esecuzione e della vendita fiscale, e, passato quel termine, si trovino spogliati delle loro sostanze; imperocchè per la di loro assenza, o per le precipitazioni con cui si eseguiscono queste espropriazioni, non possono conoscere l'instante pericolo dai pubblici affissi. La loro miserabile condizione, l'interesse del credito fondiario di queste provincie, la seducente attrattiva della perfezione del sistema ipotecario, il dovere della giustizia infine non comandano forse che alle loro pericolanti fortune efficacemente si provvegga? E non lo si può forse agevolmente curando che gli esattori fiscali, o lo stesso deliberatario, prendano cognizione delle ipoteche iscritte e ai creditori facciano intimare la notizia personalmente? ovvero anche, se pur si vuole assicurare l'indennità della pubblica amministrazione, avendo il deliberatario la surroga legale nel credito fiscale, per cui fu venduto il fondo, debba in qualunque tempo rispettare le ipoteche iscritte sia pagando il residuo prezzo, sia rilasciando il fondo alla esecuzione dei creditori? Il Legislatore austriaco ha pur dato de' solenni esempj di provvida abnegazione, per cui sia lecito sperare, che non voglia sacrificare oltre la necessità l'interesse dei privati a quello del fisco (2).

La specialità delle ipoteche è bensì di rigore nel nostro sistema, non però tanto da escludere le ipoteche collettive, quelle cioè che per un solo credito cadono sopra più fondi indivisibilmente. Quindi avviene qui, come altrove, che il creditore con un diritto di tal specie può esercitare una disastrosa concorrenza colle ipoteche speciali dei varj fondi sia col rinunciare ad alcuno di essi, sia col limitare l'individualità del suo diritto sopra alcun altro. Abolirle non si possono queste ipoteche, perchè utili nelle contingenze quotidiane del credito. È però difficile di regolarne l'esercizio compatibilmente colla coesistenza delle ipoteche speciali. Tacciono le leggi; il criterio del giureconsulto va pervagando tra il rigore dei principj generali ed un urgente sentimento di equità; i giudizj oscillano, l'interesse della giustizia ne soffre. Noi non ripeteremo qui le nostre parti-

(1) Vedi § XLVII. n. 4.

(2) Vedi § LVII. n. 6.

colari opinioni che abbiamo esposte qua e là nel successivo trattato (1). Qui ci basta di destare l'attenzione provvidente del Legislatore.

Un ultimo e non men grave difetto nel vigente reggime ipotecario consiste nella mancanza di un'apposita e ben disciplinata legislazione speciale, che ne faccia volgare e sicura la percezione e la pertrattazione. Fin qui noi ci siamo occupati piuttosto della forma organica di un buon sistema ipotecario che non veramente dell'idealismo intrinseco del Diritto relativo. E questo a disegno, perciocchè avressimo anticipato sulla materia del successivo trattato. Perciò dobbiamo dire come la dottrina intima, regolatrice di questo sistema sia profondamente travagliata in tutte le sue principali membra. Non v'ha quasi principio deduttivo che sia superiore all'incertezza delle opinioni forensi; quindi per ognun d'essi è necessario d'affaticarsi in un penoso processo d'induzione, risalire per la storia al suo logico nascimento; e molte volte ancora siam costretti di pervagare, non in cerca di un principio positivo, ma incerti nella vaga aspirazione di un progresso civile e scientifico. Da qui si misurino le difficoltà e i pericoli dell'ulteriore deduzione, l'esitazione di una critica franca e indipendente tra le effemeridi di una giurisprudenza pratica, che non può essere di sua natura più concorde dell'opinione dottrinale; pericoli e incertezze che rendono ingrato lo studio del giureconsulto, e lo zelo del magistrato, e nuocciono alla riverenza verso la scienza e la legge stessa; per il che Quegli, cui fu affidato l'alto sacerdozio della giustizia, non può tardare, a provvedere a questo urgente bisogno.

Frattanto il seguente trattato, se in qualche modo sarà per corrispondere al proposito dell'autore, avrà questo non insignificante vantaggio di avere per quanto era dato alle sue forze deboli e inesperte cooperato a porgere qualche sollievo a questo desiderio urgentissimo e alla pratica, e alla dottrina. Se l'esito fosse per riescire alla tenue aspettazione, sarebbe egli pur felice d'avere risparmiato alla gioventù coetanea alcuna parte di quella attività e di quegli studii, che sono preziosissimi alle adulte speranze della patria comune.

*Milano, li* 13 *maggio* 1856.

(1) Vedi §§ LI. n. 32-35. LXXIV. n. 6-10.

IL

# DIRITTO IPOTECARIO

VIGENTE

NEL REGNO LOMBARDO-VENETO

## § I.

Il diritto di pegnó è quel diritto reale che si dà al creditore di farsi pagare sulla cosa se nel termine stabilito non siasi adempiuto all' obbligazione.

§ 447. *Codice civile generale austriaco.*

**SOMMARIO.**

1. Difficoltà della materia da trattarsi: la quale perciò richiede che sia precisato il suo scopo pratico. In questo senso l'ipoteca è la sistemazione giuridica del credito fondiario.
2. Della legge naturale del credito: sua analisi, e suoi benefizii.
3. Della sistemazione giuridica del credito, mediante la fidejussione e il pegno.
4. Come è che il pegno sia un modo di vincolare la libertà del debitore? Sua analisi.
5. Significati diversi della parola pegno, secondo che si applica non solo al diritto, ma al contratto che lo fa nascere, o alla cosa sulla quale cade.

**1.** Accingendomi io alla trattazione del Diritto ipotecario vigente senza tema di esagerazione dirò, come esso sia materia forse più ch' ogni altra malagevole e incerta, per la complicazione delle sue parti costitutive e per i molti e sottilissimi rapporti ch' ella ha colle altre membra del Diritto civile: e comunque, e specialmente ai giorni nostri si trovi illustrato da dottissimi giureconsulti, ripulito e assestato con infinite cure in tutte le contemporanee legislazioni, tuttavia mi appaja meritevole di sommo studio non solo, ma bisognoso di nuove ricerche scientifiche. Quello che io dissi nell' introduzione può sembrare sufficiente a dimostrare la realtà di questo bisogno: poichè la varietà e la dissonanza grandissima, che osservammo fra i moderni sistemi, non possono avere a cagione se non una profonda incertezza delle menti circa i principii costitutivi; quindi la scienza che somministra la ragione universale alla legge locale, e ne trae l'applicazione alle estremità delle pratiche contingenze, deve risentirsi vivamente di queste fluttuazioni, ed essere sospinta a cercare con nuovo

fatiche di giungere alla finale composizione delle sue particolari dottrine. Difficile e pericoloso è il suo compito non solo nell'appurare un criterio massimo d'una perfetta legislazione, ma forse più nella deduzione pratica e nell'ordinamento dell'idealismo del sistema, nell'osservazione delle sue funzioni vitali, e degli infiniti rapporti che fa pullulare sopra una estesissima superficie. Perciocchè non v'ha angolo pur remoto del Diritto civile ove egli non penetri colle radici e non ritorni colle sue diramazioni.

Io devo innanzi tutto precisare l'oggetto delle mie ricerche, e la meta ultima della materia assunta.

Perciò io direi dell'ipoteca: essere ella la sistemazione giuridica del credito fondiario. Non è questa, come si può vedere a prima vista, una definizione formale che si possa registrare nel numero già pur grande di quelle ammannite dai giureconsulti. Io no non voglio esordire per tal modo: imperciocchè temerei di serrarmi entro limiti troppo angusti, i quali impedirebbero che l'osservazione si estendesse quanto si conviene all'accresciuta vastità del nostro soggetto. Prima di descrivere la natura e l'efficacia del Diritto ipotecario cercherò il suo scopo pratico e civile, la sua natural posizione nel vastissimo campo della giuridica, la fonte da dove scaturisce: avventurato se colla sincerità di questi studii pervenissi a seguire l'estremità del suo corso, e a somministrare ad altri quella cognizione più prudente, più nitida e più compiuta, che per me si possa conseguire.

A quest'effetto domandiamo: cosa è il *credito?* cosa è il *credito fondiario?* cosa intendiamo per *sistemazione giuridica?*

**2.** Dopo gli attributi morali della libertà e della proprietà, l'elemento più universale che si osserva nella sfera della personalità umana è il *credito.* La pratica de' giornalieri negozii facilmente ne addita l'alta importanza che tiene tra i benefizii della vita. Però lo spiegare e precisare cosa sia non è altrettanto agevole. Conciosiach'egli non sia nella sua integrità un'elemento od un attributo dell'individuo: per esaminarlo totalmente non si può fare astrazione dalla coesistenza di più persone; nel mentre che si può benissimo spiegare cosa sia la libertà e la proprietà, come appartenenti a qualunque uomo, anche isolato da ogni rapporto morale o civile, siccome costituenti l'essenza di ciò che si dice persona.

Il credito comincia ad apparire come una legge somma della vita morale, appena che l'una all'altra persona amichevolmente s'avvicini; appena che l'una senta quell'innato bisogno di comunicare la sua attività all'altra, e la chiami al sollievo de' proprii bisogni. E chi volesse sottilmente indagare tutti i possibili rapporti volontarii che s'intrecciano fra gli uomini, e che non sieno determinati dall'incontro fortuito o dalla forza materiale, vedrà come sempre s'intrometta questo elemento, quale ragione prima del loro ravvicinamento, e qual legge universale d'ogni

volontaria associazione. L'azione di questa legge appare manifesta appena che si disegni il diverso atteggiamento delle due persone che costituiscono i suoi due termini. E di vero un' uomo quando è abituato ad agire secondo ragione, cioè ad adoperare le sue facoltà intellettuali e morali secondo le regole prudenziali, e la propria attività esercita e dirige in modo che non ne resti impedita la personale dignità morale e civile, non offenda gli assunti impegni e si conservi o migliori la posizione morale ed economica, si dice meritare ed acquistarsi la stima, la fiducia, il credito. Diverso può esserne lo sviluppo e la condizione morale, secondo la natura, l'educazione e la posizione sociale; e secondochè dall' interesse egoistico e materiale, si eleva all'interesse razionale e veramente civile, diversa riesce la valutazione, la rappresentazione morale; ma questa stessa diversità della condizione, se impedisce che la valutazione riesca ad un grado fisso ed universale, non toglie che s' aquisti e valga come può valere presso i particolari ordini di persone, che hanno un' identità di vedute, di interessi e di sentimenti. L' uomo prima di agire nei rapporti co' suoi simili deve procacciarsi questa estrinseca valutazione, questa rappresentazione morale. Avvicinandosi all' altra persona con questa felice emanazione della personalità propria, egli si cattiva da essa un sentimento, un' opinione che non è altro che la percezione della sua rappresentazione morale. Senza di questa non ci saria alcun volontario commercio tra uomo ed uomo; nè l' uno potrebbe dare all' altro se non sapesse a chi dare; nè l' uomo che addomandasse soccorso e cooperazione a' suoi bisogni saprebbe come vincere il naturale egoismo altrui, e, quella naturale propensione che si ha di fare il bene, sarebbe pur soffocata se dovesse costare la perfetta annegazione del proprio bene; e questo non si vorrebbe avventurare mettendolo in balia di uomini che non ispirano fiducia alcuna, e non accertano che non sieno per abusarne. L' istinto della propria conservazione e felicità addomanda questa prima garanzia nella fiducia verso la lealtà, l' onestà e l' attività altrui. Su questa base gli uomini si protendono fuori della cerchia dell' egoismo e iniziano un movimento morale collettivo; essi si soccorrono a vicenda o col prestare le proprie forze fisiche intellettuali e morali, o col patire volontariamente una limitazione della propria libertà, o, ciò che torna lo stesso, privandosi di qualche loro facoltà economica comunicandola ad altri secondo i loro momentanei bisogni. Con queste prestazioni, e anticipazioni si dicono creditori, appunto perchè agiscono sulla legge naturale del credito. Si dicono poi debitori quelli che ne approfittano, ma temporariamente, legati rimanendo dalla fede di restituire le cose avute, di corrispondere con prestazioni reciproche, o in genere di non abusare dei beneficii avuti, e della maggior libertà loro accordata, e di reintegrare la libertà del creditore nello stato precedente. La legge del credito funzionando produce adunque un momentaneo spostamento della

libertà e delle facoltà del creditore a beneficio d'un'altra persona, con un veicolo morale che si dice fiducia personale.

Queste sono, se si vuol dire, nozioni elementari affatto; ma non mai soverchia è l'attenzione che vi dobbiamo prestare, perchè da esse discendono degli importanti corollarj che gioveranno ad appianare delle gravi difficoltà pratiche (1). Ella è d'altronde questa legge del credito una legge fondamentale della società, è la espressione primissima della umana attività operante nella vita collettiva, il primo motore d'ogni organamento civile, il cemento d'ogni istituzione; è quella legge di *continuità* che osservava Romagnosi nella grande serie de' fenomeni che si dice incivilimento (2); perocchè sotto i suoi salutari auspicii si stringono i contratti, si associano gli uomini all'onesta e laboriosa convivenza, si ottiene la diuturnità dei possessi, la religione delle testimonianze, lo zelo delle magistrature, la stabilità dei rapporti economici e giuridici. La proprietà in fine, varcati gli ostacoli del cieco egoismo si diffonde nelle correnti de' commerci e delle industrie a procacciare una meravigliosa potenza di produzione e una vita uniformemente rigogliosa su tutta la superficie della nazione.

**3.** Questa funzione morale non ha però un'azione costante e uniforme, perchè riceve le determinazioni dall'opinione e dal sentimento fiduciale, che sono di natura assai limitati, relativi e passaggeri. Il genio della diffidenza campeggia pur troppo fra le debolezze dell'umana natura, rompendo a ogni passo i rapporti d'una salda riputazione, d'una provata amicizia, seminando discordie e rancori. E tanto è più malefico il suo influsso e nell'imperfetta civiltà, ove gli uomini hanno limitatissimi incontri, e nel tempo d'una fittizia e corrotta civiltà, ove alla cittadina dignità e alla probità del lavoro e dell'economia subentra la febbre contagiosa dei sùbiti guadagni. Vengono quindi a mancare i due termini costitutivi di quella legge: la fiducia passiva in chi ne ha bisogno, e la confidenza corrispettiva negli altri; e insieme cresce il desiderio della sua salutare influenza; perchè aumentano i bisogni che non si possono soddisfare se non colle facoltà di più persone: si moltiplicano le industrie, si suddividono, e alimentar non si possono senza l'affluenza de' capitali, senza la cooperazione altrui, e l'ajuto di estese associazioni. In proporzione crescono colla produzione gli incentivi e i mezzi della dissipazione, e l'uomo, quanto più s'avanza la civiltà, sempre più perde dell'isolamento individuale, e più si compenetra nell'organismo sociale.

La legge del credito, che dicemmo essere la legge fondamentale d'ogni associazione, il cemento della vita civile, ha bisogno d'una sistemazione artificiale, affinchè l'instabilità delle fondamenta non tragga a ruina l'e-

(1) Veggasi per la teoria delle obbligazioni future, cui possa essere accessoria l'ipoteca, il § VI: per la teoria delle cauzioni legali il § VIII; per quella delle prenotazioni il § XXX.

(2) Ragion civile delle acque, ragion dell'opera, §§ 39. 40.

difizio che vi fu costrutto. La legge civile dovette quindi ordire un vasto sistema di garanzie: confortò colla pubblica sanzione la religione delle testimonianze, il rispetto dei contratti, l'indissolubilità de' rapporti famigliari: ajutò la buona fede con un sempre più esteso sistema di protezione.

E per ciò che riguarda i rapporti economici derivanti dal credito, si provvide a sistemare la fiducia nella libertà e moralità del debitore inventando per ogni suo possibile abuso, due specie di ripari. L'uno si ottiene aggiungendo alla pericolosa obbligazione del debitore delle obbligazioni accessorie d'altre persone, nelle quali il creditore avesse maggior confidenza. E da ciò appunto che quest'altre persone aggiungono e comandano alla sua fiducia, si dissero fidejussori. L'altro riparo consiste nell'impedire i possibili abusi della libertà del debitore, togliendogliela in una parte corrispondente delle sue facoltà economiche, che restano vincolate al creditore: e questo è ciò che si dice diritto di pegno. Nel primo caso la legge del credito personale si è conservata intatta per l'intervento di nuove persone; ma nel secondo ha subita una radicale modificazione: perciocchè non è più la fede e il rispetto alla persona che tranquillizza la persona, ma è la cosa materiale, per così dire (1), e più propriamente la sua stessa proprietà economica, immobilizzando il creditore una parte di valore nel patrimonio del debitore, simile a quella onde si era arricchito per via del credito.

Il Codice civile austriaco nel Capitolo dell'assicurazione dei diritti ed obblighi, al § 1343, formula nettamente questa sistemazione giuridica del credito: « Le specie legali di cautare gli obblighi e di assicurare i diritti, mediante i quali al diritto già competente ad alcuno se ne aggiunge un nuovo, sono l'obbligo che assume un terzo pel debitore, e la dazione in pegno. ».

**4.** Lo stesso Codice civile austriaco nel § 447, che abbiamo proposto a soggetto di questo nostro discorso, definisce il pegno come = *quel diritto reale che si dà al creditore di farsi pagare sulla cosa se nel termine stabilito non siasi adempiuto all'obbligazione.* = Col caratterizzare il pegno come diritto reale si spiega il modo con cui il creditore conservi intatto il suo diritto personale nel caso che la fiducia personale gli venisse meno, impedendo l'abuso o la fallacia della libertà del debitore col vincolare una parte corrispondente delle sue facoltà economiche. In virtù di questo diritto reale si toglie al debitore la libera disponibilità di alcuna cosa che gli appartenga, non nel senso che egli cessi

(1) *Plus cautionis in re quam in persona* dicevano gli antichi nella legge 25. Dig. *de regulis juris*. Così Troplong, *du cautionnement*, num. 1. E con molta espressione lasciò scritto Marziale:

*Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo inquis:*
*Idem, si pro me spondet agellus, habes.*
*Quod mihi non credis veteri Thelesine sodali,*
*Credis colliculis, arboribusque meis.*
*Ecce, reum Carus te detulit: adsit agellus*
*Exilii comitem quæris? agellus eat.*

Epigramm. 25 lib. XII.

d'essere proprietario (1), o non ne possa in qualche modo disporre (2): *neque enim*, soggiungeva Donneau (3), *rem in solutum retinere potest, alioquin non pignoris loco daretur, sed solutionis*; ma nel senso che il creditore acquisti sopra di essa un diritto per cui la cosa stessa non possa essere sottratta allo scopo di soddisfare il di lui credito mediante l'utilità del suo valore (4). Ogni diritto reale, secondo la nozione che volgarmente vi si attribuisce, significa un diritto che una persona ha e conserva sopra d'una cosa, fatta astrazione da qualunque persona, da qualunque pretesa dei terzi. Tale è la precisa disposizione del § 307 del vigente Codice civile, ed è si può dire la distinzione fondamentale di tutti i diritti delle antiche e moderne legislazioni civili. Nel caso proposto, cioè in seguito al diritto di pegno, il creditore otterrebbe sulla cosa impegnata quello che non otterrebbe dalla mera volontà del debitore. Per questa sistemazione giuridica l'obbligazione personale del debitore senza cambiare di natura, cioè senza cessare d'essere personale, si veste di una speciale virtù, diviene reale. Se prima era semplicemente un *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ* (5), se prima avea solamente una necessità morale e metafisica, e una sanzione generale civile, confortata col pegno diventa una necessità civile, speciale e quasi materiale: perciocchè la libertà del debitore è realmente costretta in alcuna sua facoltà economica, sopra una cosa effettiva del suo patrimonio.

**5.** Lascieremo volontieri agli eruditi di sottilmente indagare l'etimologia e le altre proprietà della parola pegno, le quali poco o nulla conchiudono nell'interesse della giuridica (6). Solo diremo col succitato § 447 del Codice civile come essa s'adoperi nel dinotare, non solo il diritto reale che ne costituisce l'essenza, ma la cosa stessa sulla quale viene a cadere, come sopra il suo oggetto immediato (7). E non solo la cosa viene sotto di tal nome, ma il contratto stesso o l'atto qualsiasi che gli dà la cagione giuridica: secondo che usano distinguere i trattatisti (8).

(1) *Pignus remanere in bonis debitoris, ideoque ipsi perire in dubium non venit*: si disse nella Leg. 9. Cod. *de pignorat. action.* Grenier, hypoth. num. 31.

(2) Vedi di ciò sotto il § XLVI ossia il primo della Parte II, ove parliamo dell'efficacia dell'ipoteca.

(3) *De pignoribus et hyp.* cap. 1.

(4) Zeiller, comentario al Cod. civ. austr. § 447. Nippel, comento al Codice civile aust. § 447 o. 2.

(5) Institution. *de obligationibus*, in princ.

(6) Ridicola anzichenò deve sembrare quell'etimologie della Leg. 238 § 2. Dig. *de verbor signific.* in cui il *pignus* si fa derivare e *pugno*.

(7) Significato antico, come si vede nella legge 1. Dig. *de pignor.* Leg. 1, Cod. *de distract. pign.* Leg. 4. § 1. Dig. *quibus mod. pign. solv.*, Mercuriale Merlino, *de pignor. et hypoth.*, lib. 1. tit. 1. quæ. 1. num. 11. Mantica, de tacit. et ambig. lib. 11. tit. 1. n. 3. Bachovio, *de pignor.* lib. 1. cap. 2; e dai moderni presso Winiwarter, Diritto civile vol. 2. § 135. in fine, Mattei Cod. civ. austr. sub § 448. o. 1, e Luigi Chiesi nel suo Sistema ipotecario, vol. 3. n. 552.

(8) Bachovio, de pignor. lib. 1. cap. 3. Pietro Müller, in notis ad Struvium, Syntagma jur. *de pignorib.* thes. 2. Voet. in pand. *de pignorib.* num. 1. Richeri, Iurisprud. vol. 9. §§ 1331, 1332. Carozzi, Giurisprud. tom. 10. cap. 1. n. 1 Mattei, loc. citato. Chiesi, loc. citato.

## § II.

**Il diritto di pegno se è costituito sopra una cosa mobile, chiamasi in stretto senso pegno: se sopra una cosa immobile, dicesi ipoteca.**

*Argomento dal § 448 Codice civ. austr.*

**SOMMARIO.**

1. Differenza naturale tra il pegno e l'ipoteca, avuto riguardo alla diversa natura delle cose sulle quali cadono.
2. Critica della differenza formale delle leggi romane.
3. Nozione dell'ipoteca come sistemazione giuridica del credito fondiario.

**1.** Il pegno considerato come diritto è nome del genere: può riferirsi a qualunque cosa, sia mobile che immobile. Ma la diversa natura delle cose può influire sulla forma del diritto, in quanto che esso abbia bisogno di un particolare sviluppo organico, d'una tal complessione nelle sue forme estrinseche, per la quale abbia forza di rimuovere gli ostacoli che le cose stesse potrebbero frapporre al suo esercizio. Il qual suo sviluppo formale non introduce però alcuna diversità nella sua natura elementare. Così il diritto di pegno è sempre lo stesso diritto reale, in qualunque cosa venga egli a cadere; ma muta specie e forma e nome secondo la diversa natura delle cose stesse. Suppone sempre il fatto generale d'un rapporto di debito e credito: suppone che in questo rapporto sia mancata o sii per mancare affatto il veicolo della personale fiducia: suppone l'artificiale riparo contro la mala fede del debitore mediante un vincolo nelle sue facoltà economiche. Questo vincolo è ciò che si dice diritto reale; ma le formalità estrinseche, che sono necessarie alla realità di qualunque diritto, variano secondo le specie diverse delle cose. Se la cosa è mobile, non si ha sopra di essa il pegno senza che sia messa in potere e per così dire nelle mani del creditore; chè per tal maniera egli toglie al debitore la possibilità materiale di abusarne, di distruggerla, d'alienarla o di sottoporla a nuovo pegno. Quindi la nozione generale di questo diritto per commune consenso, quando si applica alle cose mobili, ottiene il significato specifico di pegno. Così il Legislatore austriaco nel § 448 del Codice civile continua la sua analisi dicendo: *il diritto di pegno se è costituito sopra una cosa mobile, chiamasi in senso stretto pegno.* La qual proposizione sembra tradotta da quest'altra di Ulpiano: *proprie pignus dicitur quod ad cre-*

*ditorem transit* (1); e meglio da quell'altra di Gajo: ***unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui*** (2); o da questa di Giustiniano: ***pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit*** (3). E nel § 1368 dello stesso Codice civile si accenna alla formalità, che è necessaria alla realità di questo diritto speciale, con dire com'esso si conceda al creditore sopra una cosa ***consegnandola se è mobile;*** nel che non sono diverse le leggi romane or ora citate; nè altrimenti è disposto nella legislazione francese all'art. 2071, e 2072 del suo Codice civile, o nei Codici italiani che lo imitarono (4).

Ma se la cosa che si vuol prendere a cauzione è immobile, il modo di affettarla è ben diverso: non perchè non si possa far la tradizione e invitare il creditore al godimento del fondo o della casa impegnata, e per la sua immissione in possesso privare il debitore proprietario della libera disponibilità del suo dominio. Questo negozio è praticamente possibile, quando però si facesse astrazione dalle particolari esigenze della proprietà fondiaria, e di ciò che si dice credito fondiario, il quale addomanda una sistemazione alquanto diversa. Imperocchè pure avvertimmo come il decoro e l'utilità dei proprietarj difficilmente sapria permettere che si privassero del possedimento dei loro fondi, come si può fare di alcun oggetto mobile: l'amore della proprietà fondiaria è più tenace d'ogni altra. L'economia rurale d'altra parte non soffrirebbe che fosse affidata alle mani de' creditori che non hanno altra cura che di ricuperare i proprii capitali, e che piuttosto di conservare e migliorare esanguerebbero il fondo per arricchirvisi. L'agricoltura ad occhi veggenti ne scapiterebbe, e la condizione economica dei possessori peggiorerebbe in vece di avvantaggiare dei benefici del credito.

Alla sicurezza dei creditori si deve provvedere non oltre di quello che è strettamente necessario, quindi la indennità de' possessori dev'essere con ogni cura conservata. Ed è senza dubbio per questa ragione che la legge austriaca proibì l'anticresi, in quanto contenga un diritto di pegno: proibì cioè che si concedesse al creditore insieme al diritto reale, che gli assicura il suo credito, anche il godimento del fondo in proporzionato pagamento degli interessi e del capitale (§ 1372 Codice civile austriaco); nel mentre che questa convenzione era tollerata nel Diritto romano, ed è permessa nella legislazione francese e in parecchie italiane (5).

La natura speciale del credito fondiario importava una profonda modificazione nel formulare il diritto di pegno. Quindi vedemmo nella traccia

(1) Nella Leg. 9. § 2. Dig. *de pignorib. et hyp.*

(2) Nella Leg. 238. § 2. Dig. *de verbor. significat*

(3) Institut, *de actionib.* § 7.

(4) A questi articoli del Codice Napoleone corrispondono esattamente gli art. 2124, 2125 del Codice Albertino; art. 1941, 1942. del Cod. napoletano: art. 1131, del Codice ticinese: articolo 2098. del Cod. parmense.

(5) Vedasi di questo argomento il nostro § XX, del Capo 2. Parte I.

storica dell'introduzione come di qui nascesse l'*ipoteca*, ossia quel diritto reale che si concede sul fondo altrui senza il materiale possedimento, ma con un corredo di formalità che vi supplissero. Quindi il § 448 del Codice civile la determinava con precisione all'origine sua dicendo: *il diritto di pegno se è costituito... sopra una cosa immobile, dicesi ipoteca;* e nel § 1368 le assegnava, come si suol dire, l'ultima differenza, aggiungendo che l'immobile sia vincolato *col mezzo dei registri delle ipoteche.*

**2.** La nozione giuridica dell'ipoteca otteneva con ciò ai tempi nostri l'ultima sua finitezza d'espressione; la quale si può tosto apprezzare se la si confronta colla primitiva accettazione. Nell'origine romana l'ipoteca non era diversa dal diritto di pegno ogni qualvolta non fosse corredato della materiale possessione della cosa: *At eam* (rem) *quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypotecæ appellatione contineri dicimus*: così Giustiniano (1); ed Ulpiano pure avea detto: *hypothecam (dicimus) cum non transit nec possessio ad creditorem* (2): quindi ci avea ipoteca anche sulle cose mobili, sul danaro, sulle merci e tutto quanto può sfuggevolmente passare da una mano all'altra, e non solo sulle cose mobili materiali, ma fin anco sulle immateriali, come i diritti creditorii o le speranze.

Di conseguenza per tutte cose indifferentemente, cioè per quelle proprie del pegno e per quelle dell'ipoteca si concedè col diritto reale l'azione persecutoria contro i terzi: *inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur* (3).

Gli antichi furono paghi d'aver segnata la differenza formale tra il pegno e l'ipoteca, ma trascurarono la differenza materiale ed economica, come quella che era richiesta dalla natura specifica delle cose. Il diritto reale dev'essere diversamente costituito sulle cose secondo che sono mobili od immobili: perciocchè niun diritto reale immediato sulla cosa non può altrimenti sussistere che con un'estrinseca sua dimostrazione per segni esteriori e visibili. Questa rappresentanza materiale deve essere appropriata alla natura delle cose e all'uso che ordinariamente se ne fa nei privati negozii. Le cose mobili non possono essere accompagnate da questa dimostrazione, se non coll'effettivo uso e possedimento del creditore: e sta bene; possono anche indirettamente reputarsi possedute da lui come nel caso del pegno locatizio. Ma il concedere un siffatto diritto reale senza una qualunque dimostrazione estrinseca, dovea riescire nel ritorno dell'esperienza una cosa estremamente pericolosa. Il che fu per noi

(1) Instit. *de actionibus* § 7.
(2) Leg. 9. § 2. Dig. *de pignor. action*
(3) Institution *de actionibus*, § 7.

dimostrato nell'introduzione in riguardo alla ipoteca in genere degli antichi, sì per gli stabili che per le cose mobili. E per ciò appunto nella legislazione statutaria, specialmente la olandese (1) e la francese (2), si abolì questa azione ipotecaria o persecutoria sui mobili in confronto dei terzi possessori. Nel progresso de' tempi si fece lo stesso circa l'ipoteca degli stabili, in questo che le si niegò l'efficacia reale quando fosse spoglia della rappresentazione di una pubblica inscrizione.

Questa differenza formale e materiale dell'ipoteca, perchè radicata nella natura della cosa, fu riconosciuta generalmente nei sistemi ipotecarii moderni. Il codice Napoleone la sanciva, statuendo nell'art. 2114 essere *l'ipoteca un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione d'un'obbligazione;* e nel successivo art. 2118, essere *solo suscettibili d'ipoteca i beni immobiliari che sono in commercio, e i loro accessorii reputati come immobili, e l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorii durante l'usufrutto* (3).

L'ugual disposizione si riscontra negli art. 2000 e 2004 del codice delle due Sicilie, nei §§ 103 e 104 del regolamento ipotecario pontificio, negli art. 66, 4 e 5 del regolamento ipotecario di Toscana, negli art. 2165 e 2168 del codice parmense, negli art. 2156 e 2159 del codice di Modena, negli art. 1142 e 1145 del codice del cantone Ticino, e negli art. 2163 e 2168 del codice albertino; solo vi si aggiungono le piazze di causidici ed attuari reputate nell'art. 407 di proprietà privata e paragonate agli immobili e per ultimo le rendite dello Stato secondo i rispettivi regolamenti (4).

Noi abbiamo adunque ad analizzare il diritto di pegno nella forma speciale dell'ipoteca: e per questa ci limitiamo a trovare la sistemazione del credito fondiario tal quale si osserva nel nostro paese, accompagnandola colla nostra critica, e alimentando questa nei confronti dell'universale giurisprudenza, la quale comprende lo studio derivativo e comparativo delle legislazioni affini.

**3.** Se non che ci sembra che alcuno venga ad ammonirci, che ci addentriamo di subito nella materia senza una qualche definizione che spieghi l'essenza, la natura e l'efficacia del diritto che ci proponiamo a trattare, giusta quel precetto metodico di Tullio: *omnis enim quæ ratione suscipitur de aliqua re institutio debet a definitione proficisci, ut intelligatur quid sit de quo disputetur* (5).

Eppure cosa sia l'ipoteca noi l'abbiam detto: ne abbiamo anzi definita la natura giuridica, dicendola un diritto reale che si differenzia per un suo scopo speciale dagli altri diritti reali, e si differenzia dal pegno di cosa mobile per la natura dell'oggetto sul quale s'adagia, voglio dire la proprietà e il credito fondiario. Con questo abbiamo accennato da lon-

(1) Voet, in pand. *de pignorib.* num. 13.

(2) Troplong, del priv. et *hyp.* n. 395-397.

(3) Vedi il nostro § XIII. num. 2. e segg

(4) Chiesi, sistema ipotec. num. 514. 545. 585-589. del vol. 3.

(5) Cicero *de officiis*, *proem* in fin.

tano anche la sua virtualità, il di cui concetto si richiede in ogni definizione aristotelica, che dee dimostrare *rei naturam*, *vim atque potestatem* (1); perciocchè nella genesi del credito e della sua sistemazione giuridica crediamo d'esserci spiegati abbastanza: ed in questa genesi abbiamo rilevato altresì il genere sommo e l'ultima differenza, come vogliono le scuole (2); quindi abbiamo somministrata una definizione reale o genetica, che spiega cioè la generazione dell'idea (3) nella quale l'ipoteca si comprende.

Però non dissimuliamo che una definizionale formale o nominale, come si suol dire, la quale spiega il nome colla somma esatta dei concetti che racchiude, è assai pericolosa per la natura speciale delle materie tutte della giuridica: e ad esse si può benissimo applicare quella critica degli antichi: *omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit* (4). Posciachè nei diritti derivati, che non si possono costituire che per una serie di più alti, e suppongono molteplici rapporti con una diramazione estesissima che s'arrichisce di novelli elementi ad ogni passo, ed è tutta sintelica e costruttrice, non è facile trovare una formula nella quale si pretenda di dare per modo di dire *a priori* un sublimato della dottrina a trattarsi. L'esperienza quotidiana, per non dire quella della varietà dei sistemi ipotecarii, pur troppo ci allontana da simile pretensione, dimostrandoci la profonda varietà delle opinioni e dei sistemi, che impedisce qualunque assolutezza nell'idealismo del vigente sistema. Per il che noi lascieremo volontieri siffatte definizioni ai matematici, i quali solo ponno adoperarle col loro metodo deduttivo: e ci riserviamo di ajutare la nostra e l'osservazione altrui colla acconcia distribuzione delle parti del nostro assunto. Quindi lo dividiamo nel modo seguente:

## § III.

Le leggi vigenti nel Regno lombardo-veneto determinano quali sieno gli elementi necessarii a costituire l'ipoteca, quale virtù abbia essa, come si possa conservare ed esercitare, e quali sieno le funzioni degli ufficii destinati alla sua conservazione.

### SOMMARIO.

1. Partizione generale del trattato in tre parti.
2. Del metodo da osservarsi circa la compilazione della legislazione vigente, e il processo scientifico della scoverta dei principii, e della loro applicazione ai casi pratici.

(1) Aristot. 7. *metaphys.* Accursio in Leg. *omnis definitio.* Dig. *de regul. jur.*

(2) Maranta, *de ordin. judic.* par. 2 n. 6.

(3) Secondo vuole il nostro Galuppi, Elementi di Logica pura § XXIV.

(4) Leg. 202. Dig. *de regulis juris.*

1. La più grave difficoltà, e nello stesso tempo l'unica via che può promettere qualche utile risultamento consiste nell'osservazione scrupolosa di un metodo appropriato che ci guidi nella pertrattazione, distendendola in modo che sia facile a chiunque di vedervi le riposte cagioni delle discordie foresi; poichè ravvicinando i termini contradditorj, nel caso che per avventura ci ingannassimo, si potrebbe anche dai meno versati agevolmente scoprire l'obliquo processo del discorso. Se io ho una qualche speranza d'avere appianata qualche difficoltà d'interpretazione, qualche disputa tuttora incomposta, d'aver facilitata la concezione almeno dei principii generali sì della materia che della dialettica deduttiva, io la ripongo tutta nella circospetta attenzione al metodo col quale principiare e proseguire.

Io divido la materia in tre parti per queste avvertenze, che il diritto ipotecario non è solo un sistema di leggi, ma è anche un'instituzione; che lo studio dell'ipoteca ha due momenti distinti: l'uno in ciò, che essendo essa composta di varj elementi bisogna cercare quali sieno, come si compongano in un tutto che sia valido ed efficace; l'altro momento si deve destinare a conoscer dell'efficienza giuridica di questo diritto. Epperciò divido il trattato in tre parti. Nella prima cerco gli elementi costitutivi dell'ipoteca: nella seconda la sua efficienza in tutti i possibili rapporti, e la sua pratica realizzazione sì nell'ordine economico che nel giuridico od esecutivo; nella terza ed ultima rimarranno a stabilire le leggi organiche e normali degli ufficii destinate alla conservazione delle ipoteche.

2. Per comprendere poi viemmeglio l'opportunità d'un apposito trattato sul vigente Diritto ipotecario, bisogna avvertire a quel grave difetto che accusammo nell'introduzione circa la legislazione positiva che la riguarda; la quale manca d'una forma sistematica e digesta in un sol corpo, e per cagione di ciò, tanto l'intelligenza dottrinale, che la applicazione forese non possono non patire gravissime oscillazioni.

Le particolari leggi, che crediamo tuttavia in vigore, abbiamo raccolte e distese nell'ordine sistematico che abbiamo preconcetto, distribuendole in appositi paragrafi, nei quali conservammo più gelosamente che si potesse per l'economia dell'insieme, la particolare dicitura, e lo sviluppo anche parziale di ciascuna. Solo qua e là ci siamo arbitrati di togliere od aggiungere quelle piccole cose che credemmo assolutamente necessarie, o perchè credemmo le une viete ed abolite, o perchè stimammo le altre utilissime alla compiutezza del sistema positivo, e solo sottintese nelle leggi, ma vigenti nella pratica. Però ci guardammo di farci arbitri delle nostre convinzioni, ma religiosamente mostrammo nella redazione dei singoli paragrafi il luogo donde avessimo attinta la nostra formula: indicando la legge semplicemente se la conservammo nella sua integrità, dove ci ha qualche modificazione annotando il nostro arbitrio colle pa-

role: argomento dalla tal legge; e, dove ponemmo tutto del nostro, rimettendo il lettore alla successiva dimostrazione.

La quale è distesa per noi a modo di commento, così come praticammo in questo e nei precedenti paragrafi.

La libertà che abbiamo di coordinare la materia nel modo che a noi sembra da preferirsi, e quindi di sistemare gli aforismi legislativi nel disegno generale prestabilito, ci giova assai più che non si potrebbe ne' comenti delle altre parti del Diritto civile, per trattare con una certa uniformità e indipendenza la giurisprudenza che spiega la legge nell'ordine razionale, e la utilizza nell' ordine pratico.

Quindi cerchiamo di esporla in queste due distinte operazioni, l'induttiva e la deduttiva.

Dobbiamo prima cercare i principii generali. Se la legge positiva ce li somministra, non ci resta altro che il grato ufficio di stabilirne la razionalità colla deduzione da principii più generali, o coll'induzione dai particolari bisogni dell'uomo, della società o del sistema che esaminiamo. La storia del diritto e la legislazione comparata ci conforteranno ad ogni passo; perciocchè stimiamo che il più rassicurante fra i caratteri della verità sia l' universale consenso. Se la legge particolare non contiene il principio generale, che è necessario alla deduzione, la nostra opera non procederà per diversa via: solo adopreremo maggior diligenza nel processo induttivo, prestando una speciale attenzione all' analogia, ossia alla efficienza logica delle prescrizioni della legge in casi particolari: e con ciò ci uniformeremo a quella norma della savia ermeneutica, che fu consecrata nel § 7 del vigente Codice civile.

Nella deduzione pratica poi avremo cura di discendere fino alle estremità dei casi pratici, tesoreggiando specialmente sulla giurisprudenza antica e moderna, italiana e forastiera.

L'autorità non farà velo alla spontaneità del giudizio: ma la rispetteremo in modo che, ove per avventura ci discostassimo, non sarà senza fatica, e compenseremo la libertà del raziocinio con altrettanta diligenza nelle ricerche. Imperocchè noi non siamo dell' opinione di coloro, i quali soverchiamente s'affidano nelle sole forze del proprio intelletto. La scienza del giusto, oltrechè non è retaggio di un sol'uomo, comunque fosse dotato di maraviglioso ingegno, ha bisogno altresì di un quotidiano ed universale consenso, sia nella sostanza de' principii che la costituiscono, sia colla espressione esatta e costante delle singole nozioni, dei rapporti, delle regole che ajutano l' ultima deduzione.

---

# PARTE PRIMA

## DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL' IPOTECA

## § IV.

**Per ottenere una valida ipoteca si richiede un' obbligazione principale, cui l' ipoteca deve guarentire, un titolo che l' attribuisca, una proprietà sulla quale consista; e che sia inscritta nei pubblici libri.**

**SOMMARIO.**

1. Partizione della prima parte del trattato.

Cercando il come si componga una valida ipoteca, e senza anticipare sulle ricerche parziali che occorreranno a suo luogo, dividiamo qui la parte prima in quattro Capi.

Nel primo stabiliamo che deve esistere un credito, ossia un debito cui l'ipoteca deve guarentire. Nel secondo cerchiamo quali sieno i titoti, ossia le cause prossime dell' ipoteca, nel consenso del debitore o di terze persone. Cerchiamo eziandio su quali cose e su qual proprietà si può imporre l' ipoteca. Nel terzo capo parliamo dell' iscrizione all' ufficio ove si conservano le ipoteche. Nel quarto finalmente parliamo della prenotazione, ossia d' un metodo speciale per ottenere, e il titolo formale, e l' inscrizione dell'ipoteca stessa.

# CAPO PRIMO.

## DELL' OBBLIGAZIONE PRINCIPALE.

### § V.

Si può assicurare coll' ipoteca l' adempimento di qualunque valida obbligazione, non solo per somme o cose, ma ben anche per azioni ed ommissioni lecite in riguardo al vantaggio o al danno che ne può derivare.

*Arg. dai* §§ 449, 1350, 1351, 1352 *Cod. civ. aust.*

SOMMARIO.

1. Il pegno è la garanzia e l'accessorio del credito.
2. La relazione tra la pretensione principale e il pegno è costante.
3. Però non è necessario che si verifichi in un' identica persona: ossia delle obbligazioni altrui.
4. L'obbligazione principale dev'essere valida; se si possa dare ipoteca pei debiti dei minori, degli interdetti. Criterio degli antichi desunto dall'obbligazione naturale.
5. Nostro criterio nella suddetta quistione, desunto dall' invalidità relativa delle obbligazioni dei minori e degli interdetti.
6. Confutazione delle opinioni di Grenier e di Chiesi, anche in riguardo alle obbligazioni degli incapaci di consenso.
7. Delle obbligazioni assolutamente invalide, e delle meramente civili.
8. Dei due principj derivativi di tutte obbligazioni.
9. Criterio distintivo di quella che tra più obbligazioni è la principale dell'ipoteca.
10. Se possa essere materia d'ipoteca il diritto personale che ha per oggetto, non il prezzo nel fondo, ma la sua proprietà o il suo godimento.
11. Dell'ipoteca del conduttore sullo stabile affittato: Sovrana risoluzione 23 marzo 1841.
12. Degli altri diritti personali alla proprietà, od alle servitù remissive.

**1.** Il diritto reale di pegno o d'ipoteca si acquista e s'informa con leggi sue proprie in modo che la sua trattazione può essere oggetto d' una distinta monografia; ma egli ha più d' una parte del suo sistema che lo connette tenacemente al corpo del Diritto civile, e lo dimostra un membro del tutto. Il primo punto di questa connessione è quello appunto che presta la materia al presente Capo. Superiormente si è accennato che a null' altro scopo si è trovato il diritto di pegno, e quindi quello dell' ipoteca, fuorchè per assicurare l' adempimento di una data obbligazione

del debitore (1). Il pegno ha dunque la sua ragion civile in ciò che dev'essere considerato come *mezzo* predestinato alla conservazione del diritto creditorio. *Quamvis itaque pignus*, disse Struvio, *per se et separatim subsistentem et suis limitibus circumscriptam habeat naturam : requirit tamen præexistens debitum principale, de quo restituendo securiorem reddit creditorem* (2). Egli è un diritto e un' obbligazione reale accessoria al diritto e all'obbligazione personale: la *obligatio bonorum* suppone la *obligatio personæ*; e questa anzichè un elemento costitutivo del pegno, propriamente parlando, è da considerarsi come la sua condizione, la sua causa finale. S'ella manca, cessa nel pegno e nell'ipoteca ogni ragion civile. Quindi in tesi generale poniamo che non ci può essere una valida cauzione, un pegno, un'ipoteca nel momento che manca un corrispondente diritto creditorio (3). Perciò Alessandro Severo avea rescritto: *si (ut nunc asseveras) nihil creditor numeravit uxori tuæ quæ pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem: mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari ejus res non potest* (4). Quindi leggiamo nel § 449 del Codice civile austriaco: *il diritto di pegno si riferisce..... sempre ad una obbligazione valida*; e nel § 1351 : *gli obblighi che non furono giammai legalmente validi o che sono già estinti non possono..: assicurarsi* (5). Il Codice civile francese non consacra questa tesi generale nè per riguardo alla cauzione in genere, nè per riguardo al pegno o all'ipoteca: ma evidentemente vi allude nella definizione dell' ipoteca, ove dice che sia un diritto reale costituito sopra beni immobili *vincolati per la soddisfazione d'una obbligazione* (6); e vi allude nel luogo delle fidejussioni, perchè nell'art. 2012 dice che la fidejussione non può sussistere che per una obbligazione valida (7). Da queste particolari disposizioni è agevole salire al nostro principio generale; il quale fu d'altronde formulato nettamente nell'art. 3252 del Codice civile della Luigiana, che come ognuno sa è foggiato su quello di Francia; nel quale si disse: essere dell'essenza dell'ipoteca che ci sia un debito principale sussistente che le serva di base, senza del quale essa non potria sussistere (8).

(1) § 1, num. 3 e 4.

(2) Struvio, syntagma jur. civ. tit. *de pignorib. et hyp.* num. IV; e con lui Bachovio, *de pignorib.* lib. 2. cap. 1. num. 1. Negusanzio, *de pignorib.* par. 6. mem. 2. num. 5.

(3) Mantica, *de tacit. et ambig. convention.* lib. XI. tit. 3. num. 28. Richeri, *Iurisprud. univer.* vol. 9. §§ 1412, 1413. Donnean, *de pignorib. et hyp.* cap. 2. Francesco Balduin, *de pignorib.* cap. 12. in fine. Voet, *in pand.* lib. 20. til. 1. num. 18. in princ. Chiesi, Sist. ipotec. num. 554. 556.

(4) Leg. 2. Cod. *si pignoris convention.*

(5) Veggasi Nippel, comento ai § 449. n 1. Cod. civ. aust. Winiwarter, Dir. civ. vol. 2. § 137. Carozzi, Giurisprud. del Cod. civ. aust vol. 10. del diritto di pegno, cap. 2. num. 1.

(6) Art. 2114 del Cod. Napoleone: al quale corrispondono in questo riguardo gli articoli 2165 del Cod. Albertino, art. 2165 del Codice parmense, art. 2000 del Cod. siciliano, art 1142 Cod. ticinese, art. 103 del regol. ipotec di Romagna, art. 56 del regolam. ipot. toscano, art. 2136 del Cod. estense.

(7) A questo articolo corrispondono gli art. 2045 del Cod. Albertino, art. 2042 del Codice parmense, art. 1884. del Cod. siciliano, art. 1108 del Cod. ticinese, art. 2026 del Codice estense.

(8) Vedasi Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers*, pag 160.

Però dobbiamo avvertire che l'efficienza di questo principio comunque generale non può essere adoperata coll' argomentazione *a contrario* senza estremi riguardi: avvegnachè come vedremo nel § seguente, molte difficoltà s'affacciano alla sua attuazione, le quali non si potranno appianare senza modificare la sua assolutezza con qualche principio superiore.

Frattanto però notiamo come nella moderna giurisprudenza si sia soppressa una eccezione a quella regola, in ciò che gli antichi aveano imaginato che l' azione derivante dall' ipoteca si prescrivesse in qualche caso in un tempo più lungo di quello assegnato all' azione del debito personale: ma di ciò a suo luogo (1).

**2.** Per la ragione che l'ipoteca è un' accessione del credito e del debito, e che non esiste legalmente senza il diritto personale, così ella misura da questo la durata e l' efficacia propria. *Cum hypotheca quæcumque tandem sit accessio alterius obligationis, hujus etiam obligationis qualitates veluti induit:* così Francesco Balduino nel suo aureo trattato de pignoribus, cap. 11. Questo corollario però deve adottarsi con molta discrezione, in quanto che essendo il diritto di ipoteca un diritto reale individuo nella sua natura, ed essenzialmente diverso dai diritti che semplicemente riguardano la persona, non patisce tutte quelle condizioni che regolano e circoscrivono l'esercizio di questi.

Noi dunque cautamente restringeremo quel principio a ciò che il diritto di pegno, per aver egli comune coll' azione personale lo stesso oggetto che è la realizzazione del credito, non può influire menomamente nè in più nè in meno sulla qualità, quantità ed esigibilità del medesimo. E saviamente si potrà dire: *si itaque principalis obligatio sit conditionalis, erit et hypotheca* (2); se l'oggetto dell' obbligazione è di cento, della stessa quantità sarà quell'oggetto in riguardo all'ipoteca.

Sotto questo solo aspetto *et hypotheca semper trahitur a principali, ideo ex ea dijudicatur:* così il nostro Mercuriale Merlino; il quale soggiunge: *hinc propterea sequitur, ut ex hypotheca non dicatur alterari contractus principalis, cum recte dicamus hypothecam accipi secundum naturam principalis, recipere omnes conditiones, modificationes et qualitates, quas recipit ipse idem contractus cui accedit* (3).

**3.** Questa relazione tra il debito principale e la concessione dell' ipoteca non è proprio necessario che si verifichi in una sola ed identica persona: Tizio può essere debitore verso di Cajo per cento: Sempronio può dare una ipoteca a Cajo per il debito di Tizio. La relazione deve sussistere tra il debito e l' ipoteca, perchè questa nel suo concetto individuo di *mezzo assicurativo* addomanda la preesistenza d' un debito e

(1) Veggasi nel § LXXXI, dove parliamo della prescrizione.

(2) Balduin. loc. citato.

(3) Merc. Merlin. *de pignor et hyp.* lib. 2. tit. 2. quest. 78. num. 6 e 7. Così press'a poco Grenier, hyp. num. 20.

null'altro in questo riguardo. Ben è vero che nel caso proposto coll'intervento di una terza persona accade una maggiore complicazione di rapporti; ma non si altera la natura elementare dell'ipoteca stessa. Quei più complicati rapporti saranno per noi esaminati dove parleremo del titolo e della proprietà (1): qui non ci occupiamo che del rapporto tra il debito e l'ipoteca: e quindi concludiamo con Marciano: *dare quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena* (2). Nel qual riguardo il pegno, dice Bacovio, differisce dalla fidejussione; perchè il primo può essere pattuito per l'obbligazione propria o l'altrui, solo per un altrui debito può interporsi il fidejussore (3).

Per conoscere tutte le varietà che si possono incontrare in questo rapporto tra il debito e l'ipoteca, bisogna analizzare dapprima la natura e le varie specie delle obbligazioni, dappoi le circostanze nelle quali si presentano a ricevere la cauzione ipotecaria.

**4.** L'obbligazione principale dev'essere valida, perchè in diritto ciò che non è valido è inefficace e insussistente: *quia paria sunt quod non adsit obligatio, vel sit inefficax* (4); e perchè cadendo il principale nemmanco l'accessorio e il conseguente può conservarsi: *cum principalis causa non consistat,* PLERUMQUE *ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent* (5).

Ma Paolo prudentissimo giureconsulto colla parola *plerumque* avvertiva che l'applicazione di questa regola non è generale, e che nella proposta materia l'ipoteca può sussistere talvolta come conforto d'un'obbligazione invalida.

Eccone un'esempio nella seguente tesi, per la quale domandiamo: se una terza persona avesse conceduto sulle cose proprie un'ipoteca assicuratrice d'un debito assunto da una persona incapace d'obbligarsi, supponiamo un minorenne, od un interdetto per prodigalità, questa ipoteca sarà ella valida?

Il minorenne e il prodigo non possono di propria autorità civilmente obbligarsi (6). Il loro debito non vale dunque nel Diritto civile. L'ipoteca concessa dal terzo come accessoria dovrà pur essa cadere?

Gli antichi aveano somministrato con Ulpiano il seguente criterio: *ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat* (7). Dove ci ha un'obbligazione non riconosciuta dalla legge civile, ma che dalla legge morale dell'onestà e dell'onore viene consacrata, ivi si può dare un pegno (8). Comoda distinzione è questa; ma non ci sembra

(1) § XI, § XIII, § XV.
(2) Leg. 5. § 2. Dig. *de pignorib. et hyp.*
(3) *de pignorib. et hyp.* lib. 2. cap. 2. num. 17.
(4) Mozzio, *de pignorib.* tit. *substantialia.* n. 2.
(5) Paolo nella Leg. 129. § 1, 178. Dig. *de diversis regul. jur.*
(6) Veggasi al § XII
(7) Leg. 14. § 1. Dig. *de pignorib;* egualmente insegna Marciano nella Leg. 5. Cod. titul.
(8) Pothier, des obligations. num. 173.

costantemente sicura, e fu poi applicata al rovescio nella giurisprudenza antica. Cominciamo dal provare quest'ultima proposizione.

Gli antichi doveano soffermarsi con molto compiacimento su quella regola generale che il pegno possa confortare un'obbligazione semplicemente naturale, perchè le obbligazioni civili per il formalismo della giurisprudenza repubblicana erano in numero assai ristretto (1). Eppure nel caso concreto non l'applicarono favorevolmente in riguardo alle obbligazioni pei mutui dei minori, per le fidejussioni delle donne, e i debiti dei prodighi. Niegarono che l'obbligazione del minore fosse almeno naturale, e rispettabile moralmente (2); che il prodigo interdetto non vi fosse tenuto più che nol sia il pazzo furioso: *furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est* (3): e questo non per altro che per una singolare metafora messa in voga da Ulpiano: *quia neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare (solent) exemplo furiosi* (4). Eppure la sola osservazione superficiale, per non dire il sentimento della dignità umana, dovea far riconoscere nel minore pervenuto alla pubertà e ad un certo sviluppo intellettuale quella morale libertà che lo rende suscettivo d'onore e di fede personale. Paolo no non s'illuse, ma distinse benissimo l'obbligazione naturale dalla civile, ed affermava: *obligari potest paterfamilias, suæ potestatis, pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili* (5). La legge civile può bene proibire certe convenzioni, restringere la libertà di certe persone, ma non può disconoscere le dirette manifestazioni della natura umana. Assai meno di essa lo possono i giureconsulti. E neanco riescirono conseguenti, perchè ammetteano che il minore potesse obbligarsi naturalmente per altre cause, diverse da quella del mutuo, e che per quelle si potesse con effetto civile intercedere colla fidejussione (6). Ed egualmente si vede come anche il prodigo ad onta della interdizione conservi la consapevolezza di sè medesimo, il sentimento della dignità umana, l'esercizio di tutti i diritti civili che non riguardano l'amministrazione del suo patrimonio. Altro è il dire ch'egli sia prodigo e dissipatore, altro è il dire che con ciò sia affetto della più miseranda delle malattie, l'alienazione mentale o l'imbecillità dell'animo. L'interdizione del prodigo è un provvedimento economico, non una *diminutio ca-*

(1) Ulpian. nella legge 6 e 7. Dig. *de pactis.* Egli era distante di molto tempo dal rigorismo antico. Voet, in pand. *de obligat. et action.* num. 3. Pothier, *des obligations.* n. 191. Richeri, *Iurispr.* vol. 9. § 705.

(2) Nerazio nella Leg. 41. Dig. *de condict. indeb.* Licinio Rufino, nella Leg. 59. Dig. *de oblig. et action.* Ulpiano, nella Leg. 1. § 2. Dig. *de constitut. pec.*

(3) Così Pomponio nella Leg. 40. Dig. *de reg. jur.*

(4) Ulpiano nella Leg. 1. Dig. *de curat. furios.* Voet, in pand. *de obligat. et action.* num. 3. Richeri, *Iurispr.* vol. 9. § 1414.

(5) Leg. 43. Dig. *de obligat. et action.* E forse più chiaro nella fattispecie della Leg. 21. Dig. *ad L. Falcidiam.*

(6) Così Scevola nella Leg. 127. Dig. *de verbor. obligation.* Vinnio, *partition. jur.* lib. 2. cap. 2. Richeri, *Iurispr.* vol. 2. § 808 815. vol. 9. § 705.

*pitis*, un abbrutimento insomma. Non vediamo adunque come gli antichi non ponessero mente alla responsabilità morale di queste persone (1).

Pregiudicati da quest'erroneo presupposto stabilirono non potersi assicurare colla fidejussione o col pegno nè il prestito del minorenne, nè la fidejussione della donna, nè i debiti del prodigo (2). Solamente poneano un'eccezione nel caso che il fidejussore intercedendo pel minorenne mutuatario, avesse dimostrata l'intenzione di donargli ciò che avria avuto ragione di pretendere da lui per l'indennizzo della prestata garanzia (3). Per tal modo obbligandosi colui, non reputavasi un vero fidejussore, ma assumeva in proprio il debito principale: questa sua obbligazione da accessoria trasmutavasi in principale, diveniva il patto *constitutæ pecuniæ*, pel quale intendevasi che quella terza persona assumesse puramente e semplicemente di pagare per altri una data somma (4). Così quello che dovea parere l'effetto della semplice fidejussione, volcasi che dipendesse dalla conscia ed espressa volontà del fidejussore.

Questa conclusione negativa è dunque viziata dall'errore della premessa, dall'opinione cioè che le obbligazioni degli interdetti non valgano nemmeno nell'ordine morale.

Ma io, se m'è lecito dire liberamente ciò che mi sembra il vero, dirò che quella distinzione dell'obbligazione morale e civile non assorbe le difficoltà tutte, e non spiega gli altri casi pratici che si possono presentare in esame: ed è estremamente pericolosa perchè induce a quistionare con molta sottigliezza e con poco o nessun frutto sopra un tema di fatto e non di diritto: qual'è la responsabilità morale della persona dichiarata per incapace dalla legge.

**3.** Io piuttosto stabilirò quest'altro criterio: l'invalidità d'una obbligazione per parte della legge, talvolta è assoluta, talvolta è relativa: cioè l'obbligazione è proibita per qualche ragione speciale, la quale può non verificarsi in alcun caso. E nel caso proposto appunto non si verifica.

La ragione prima, per cui la legge divieta ai minori ed agli interdetti di far debiti senza l'autorità tutoria, è quella di difendere l'incolumità del loro patrimonio, impedendo che per l'inesperienza e le passioni giovanili il minore, o per la sregolatezza il prodigo, abusino della naturale

(1) I prammatici trassero subito la conclusione che elle non fossero obbligate *in foro conscientiæ* per quell' assioma di Bartolo: *quos natura non obligat, conscientia non ligat* Baldo, cons. 285. ver. *non aliter*. col. 3. lib. 5. Iac. Cancer. Var. Res. par. 2., cap. *de minorib.* num. 59. e 207. Rota decis. 63. n. 1. 17. post Salgadum *labyr. credit.* et dec. 352 n. 22. par. 17. Recent.

(2) L. 2. Dig. *quæ res pignori* 1. 6. l. 16. § 1. l. 30. § 1. Dig. *ad S. C. Vellejan.* l. 14. Cod. *ad S. C. Vellejan.* l. 9. § 3. Dig. *ad S. C. Macedonian.* Secondo Pothier, *des obligations.* par. 2. cap. 2. n. 192. e segg. questa giurisprudenza fu conservata in Francia.

(3) d. leg. 9. § 3. Dig. *ad S. C. Macedon.* Un simile esempio ci è porto nella legge 2 Cod. *de fidejussorib. minor.*

(4) Casaregis, *de commerc.* disc. 53. n. 6. disc. 131. num. 7. et segg. Peresio, Institut. *de actionib.* § *de action. Prætoriis in personam.* Troplong, cautionnement. num. 34 Gauthier, subrogation. num. 355.

libertà, e immiseriscano irreparabilmente. Ad essi si toglie la libera disponibilità delle loro sostanze a quest'unico scopo di conservarle; e per togliere questa disponibilità si proibisce loro d'indebitarsi, ossia si niega la sanzione civile ai debiti che assumessero, perchè con questa via illuderebbero la protezione della legge. Gli è perciò solo in modo indiretto che le obbligazioni, le quali soddisfare si devono coi beni, sono dichiarate invalide: appunto perchè si dovrebbero adempiere coi beni del debitore. Ma se il diritto del creditore venisse modulato e conformato in guisa che, senza affettare in qualsivoglia tempo il patrimonio dell'incapace, potesse tuttavia realizzarsi in altra maniera, nè all'incapace nè al legislatore può importare di frapporre alcun ostacolo alla sua realizzazione. E questo avverrebbe appunto nel caso proposto. Il creditore avrebbe un diritto spoglio di sanzione civile, in quanto è inutile e inefficace in riguardo all'interdetto debitore. Ma fuori di questo rapporto, e salva la sostanza del minore, il suo diritto è diritto, il debito è debito che dalla legge non è proibito, non è riprovato. In questo senso adotteremo il principio degli antichi, però non come criterio, ma come rilievo particolarissimo al caso proposto; diremo che essendo qui il minore e l'interdetto obbligati moralmente, poteva un terzo intercedere per essi, sia colla fidejussione, sia col pegno. Soggiungeremo anzi che ove ci ha un'obbligazione morale, ivi ci può essere una valida cauzione: ma ci guarderemo bene dal convertire questa posizione; perciocchè vedremo che non è necessaria affatto la morale capacità dell'interdetto per legittimare l'ipoteca conceduta dal terzo.

Frattanto constatiamo per maggior cautela di ragionamento che il debito contratto dal minore non è assolutamente invalido, non è proibito e inefficace in ogni caso. La legge non toglie al minore e agli interdetti quella capacità personale di obbligarsi che hanno da natura; ma solo ne tolgono l'efficacia civile in pro degli obbligati, e in quel limitato riguardo di conservarne il patrimonio. Il minore può obbligare di sua privata autorità la propria persona con una locazione d'opera: § 246 del Codice civile austriaco; può obbligarsi e personalmente e realmente per quelle cose che gli sono consegnate per suo uso, o che avesse acquistate coi frutti della sua industria, o coi redditi del suo patrimonio dei quali avesse potuto disporre: § 246, 247 dello stesso Codice. Supponiamo che in questo modo avesse ragunato la somma di lire ventimila, e l'avesse spesa comperando uno stabile dell'egual valore, e poscia avesse preso a mutuo un capitale di lire trentamila e concessa un'ipoteca sullo stabile acquistato: e tutte queste convenzioni avesse egli fatto di suo proprio arbitrio, senza ingerenza tutoria; varrà l'obbligazione del mutuo in quanto possa adempiersi ipotecariamente su quello stabile, cioè sulla cosa della quale avea la libera amministrazione; non varrà in quanto affettasse la residua sostanza.

Dunque si può inferire da ciò che l'interdizione del minorenne non

sia assoluta; che anzi il nostro Legislatore l'avrebbe esplicitamente confessato nel § 865 del Codice civile, ove disse che *di regola* il minore non può obbligarsi da sè solo. Ma ogni regola in diritto non è assoluta ed eterna: ogni prescrizione della legge non è spoglia di ragione: e la ragione contraria della nostra limitazione è pure fondata nelle sue particolari prescrizioni. E ciò che si dice del minore si dice dell'interdetto per prodigalità; perchè le disposizioni che regolano la protezione del minore si applicano eziandio alle altre persone incapaci: § 282 del Codice civile.

Il criterio che preferiamo in questa nostra interpretazione appare più acconcio nel caso dell'interdetto per fallimento. Non può l'oberato amministrare le cose proprie perchè devolute al concorso, quindi alla causa dei creditori insinuati. La sua interdizione ha lo scopo limitato d'impedire ogni pregiudizio a coloro. Ma se egli durante la ventilazione del concorso contraesse de' nuovi debiti, questi sarieno pur efficaci sulla sostanza che gli pervenisse dopo chiuso il concorso. La sua interdizione è parzialissima nello scopo, non è che per l'interesse dei creditori concursuali; ma ella prova che è limitata alla facoltà della libera amministrazione di determinati beni, non già un pronunciamento della legge o del giudice sulla facoltà psicologica della sua libertà morale.

Determiniamo con chiarezza lo stato della quistione, che non è semplice, ma composta e progressiva. Non importa gran fatto di sapere se i minori e gli interdetti possano obbligarsi moralmente quando che abbiano la naturale libertà di ciò fare, la consapevolezza morale. La legge nostra non adotta questo criterio, e noi lo dicemmo insufficiente e pericoloso. Però prescindendo per ora dall' esaminare se sia o no influente, diciamo di quelle persone, che le obbligazioni che assumessero non valgono civilmente se ed in quanto diminuissero l'effettivo patrimonio dalla cui amministrazione sono interdette: nel caso contrario le loro obbligazioni sono efficaci in linea civile: cioè quando si possono adempiere coi beni di cui abbiano la libera amministrazione, o coi beni e colla libertà di altre persone.

E la legge positiva ci soccorre espressamente in quell'ultima conclusione. Perciocchè il Codice civile austriaco nel § 1352 stabilisce che quegli il quale si costituisce fidejussore d'una persona che per la sua personale qualità non può obbligarsi, rimane obbligato come un condebitore solidario, quantunque ignorasse una tale qualità. Se vale la fidejussione, argomentiamo noi, deve valere anche il pegno. Imperocchè tanto la fidejussione che il pegno sono obbligazioni accessorie a un debito valido, come si vidde superiormente. Gli è dunque giuocoforza ammettere, e nell'uno e nell'altro caso, che l'accessorio sussiste non altrimenti che perchè l'obbligazione principale è valida in quel caso. Resterà a cercare quale sia questa obbligazione principale, se quella della persona incapace, ovvero quella dell' intercessore. Ma intanto ci basti vedere la disposizione formale della legge. Questa parla della fidejussione; ma l'analogia della

fidejussione al pegno è imperiosa; perchè il nostro Codice civile trattò l'uno e l'altra come due modi eguali di assicurare un debito: e meglio ancora perchè, se il fidejussore può per un siffatto debito obbligare la propria persona e con ciò indirettamente obbligare le sue facoltà economiche, potrà pure limitare la sua obbligazione ad alcun bene speciale del suo patrimonio. *In eo quod plus est etiam inest et minus.* Epperciò dicendo con Dionigi Gottofredo: *fidejubere et pignus dare pro alio paria* (1), conchiuderemo che il § 1352 del Codice civile scioglie affermalivamente la tesi proposta.

La disposizione di questo paragrafo consacra poi nettamente questa conclusione, perchè dice che il fidejussore rimane obbligato come condebitore solidario, quantunque avesse ignorata l'incapacità personale del debitore; quindi non abbisognerebbe alla validità della fidejussione, e del pegno perciò che chi presta la garanzia si fosse obbligato come debitor principale col patto *constitutæ pecuniæ*, come voleano gli antichi. Le leggi romane stabilirono ciò, nell'erronea opinione che l'obbligazione del minore o dell'interdetto non fosse valida nemmeno in linea morale. Erravano in questo, ma la conseguenza era logica. La legge nostra riconoscendo quelle persone suscettive della morale responsabilità, trasse pure una conseguenza logica nella contraria conclusione.

**6.** Dicemmo essere pericolosa ed insufficiente la distinzione usata dagli antichi tra l'obbligazione morale e la civile. Quali pericoli incontrasse nella deduzione presso di coloro il vedemmo. La giurisprudenza moderna non ne andò pur essa esente.

Il Codice civile francese nell'art. 2012 stabilisce: « la fidejussione non può sussistere che per un'obbligazione valida. Può ciò non ostante prestarsi la fidejussione per un'obbligazione la quale potesse essere annullata in forza d'una eccezione meramente personale all'obbligato, com'è il caso della minore età. » Saggia disposizione all'intutto simile a quella del § 1352 del nostro Codice. In questo argomento Grenier avrebbe pur adottato il nostro criterio del distinguere, nella nullità civile dell'obbligazione, l'assoluta dalla relativa (2); ma non analizzò a dovere in che cosa cadesse l'una e l'altra specie: dimodochè facilmente traviò dal retto sentiero. Poche pagine prima proponendo il caso pur troppo raro, com'egli avverte, d'un'obbligazione sottoscritta da un impubere senza l'autorizzazione tutoria, soggiunse: « io ho sempre veduto che i grandi giureconsulti stimassero assolutamente nulli questi atti, e come inesistenti. Quando la legge parla degli atti d'un minore intende parlare dei puberi, per la ra-

(1) Dyon, Gottofred. nota 33. alla Leg. 2. Dig *quæ res pignori*. Anche Ulpiano li avrebbe parificati dicendo: *quamvis pignoris datio intercessionem* (seu fidejussionem) *faciat*. Leg. 8. Dig. *ad S. C. Vellejan* Neguzant. *de pignor* par. 1 num. 8 e 9, e par. 5. mem. 1. n. 10. Franc. Balduin. *de pignor.* cap. 2 Salgado, labyr. cred. par. 1. cap. 8. n. 45. M. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 2 quæ 78 n. 12

(2) Grenier, hypoth. num. 55

gione che si dee presumere aver essi un qualche discernimento, un qualche consenso. Ma non si può trovar ciò nell'atto d'un impubere che forse non sa nemmanco parlare (1). » Con questo apparato di idee viene poscia a conchiudere che l'obbligazione assunta o dall'impubere, o da un interdetto in istato di demenza, o furore, siccome non sussiste nemmeno moralmente, così non può essere accompagnata da fidejussione o da ipoteca (2). Ecco dunque questo illustre giureconsulto ricaduto nella pania degli antichi, coll'adottare la stessa pericolosa distinzione dell'obbligazione morale. E sì che egli stesso, opportunamente avvertendo come non avessero stabilito gli antichi con una legge positiva dove finisse l'impubertà (3), dovea accorgersi della impraticabilità di quel criterio; e se anche l'avessero stabilito, era pure evidente che la obbligazione naturale, come quistione di fatto, anzichè di diritto, non si potea precisare, e quindi non potea prestare un criterio applicabile. D'altra parte le dispositive dell'art. 2012 del Codice francese e del § 1352 del Codice austriaco sono abbastanza esplicite. Il fidejussore, o chi ha costituito un pegno per l'impubere o pel demente, non può valersi d'un'eccezione che è riservata esclusivamente a costui. L'invalidità civile o morale del debito riguarda esso solo, l'interesse suo esclusivo, la conservazione del suo patrimonio. È dunque l'obbligazione dell'impubere o del furioso invalida e civilmente e moralmente; ma questa invalidità è relativa per esso solo, non adducibile dal terzo: cui pure resiste il suo proprio fatto d'essersi obbligato colla fidejussione o colla dazione del pegno. Si dica pure che per riguardo e contro all'impubere non ci ha obbligazione: ma questa obbligazione sussiste come assunta, riconosciuta, ratificata dal fidejussore e dal datore del pegno, nei limiti del pegno. Il creditore che ha dato il danaro al fanciullo impubere non potea far fondamento nella sua fede personale, manchevole affatto: ma si basò sulla fede dell'intercessore, o concretò la sua garanzia nel pegno che gli fu offerto, ossia nella parziale obbligazione di chi glielo ha dato. Ed in quel modo che il fidejussore potea gratuitamente esporsi alla malafede d'un debitore adulto, nello stesso modo potea obbligarsi per la nessuna fede dell'impubere. Tant'è che col suo intervento ha rivestito della propria libertà ed autorità giuridica l'imperfetta promessa dell'impubere. Il sullodato giureconsulto francese sobbarcò poi intieramente nell'applicazione del nostro criterio in riguardo ai debiti assunti dalla donna maritata senza il consenso del marito, necessario nella legge francese. Poichè egli (4) con Pothier (5) sostiene che l'invalidità delle di lei obbligazioni è assoluta, radicale, a meno che, soggiunge il secondo, il fidejussore si fosse costituito debitor solidale. E non viddero che se l'obbligazione della donna è invalida, lo è solo nell'interesse collettivo di lei e del marito, e costituisce un'eccezione personale ad essi, non già un'eccezione profittevole ai terzi.

(1) Grenier, hypoth. num 49.
(2) Grenier, hyp. num. 56.
(3) Grenier, hyp num 49.
(4) Grenier, num. 55.
(5) Pothier, obligations. n. 395.

Anche Luigi Chiesi adottò la distinzione generica di Grenier nella tesi da noi proposta, ma venne alla conclusione negativa. « Il principio della legge 5 Dig. *de pignorib, et hyp.*, secondo il quale anche la obbligazione naturale può essere efficacemente garantita con ipoteca, deve adottarsi e applicarsi colla distinzione .. = o trattasi di obbligazione naturale riprovata assolutamente dalla legge civile, e l'ipoteca sarà nulla: o la legge civile non nega qualche favore alla obbligazione naturale, e in questo caso l'ipoteca dovrà ritenersi valida (1) ».

Ma cosa vuol egli dire con ciò? Egli discende alla pratica attualità dell'applicazione dell'art. 2012 del Codice Napoleone, dicendo che esso non abbi riguardo alle obbligazioni naturali, e non dia alcuna forza ed effetto alle semplici obbligazioni naturali, e quindi *le sole obbligazioni civili* possano secondo quel Codice servire di fondamento ad una valida ipoteca. La qual cosa come si possa conciliare con quell'articolo io non posso vedere: poichè ivi si parla appunto dell'obbligazione, non solo naturale, ma di più d'un'obbligazione che può essere annullata in forza d'una eccezione meramente personale all'obbligato, quindi anche d'un impegno dell'impubere; poichè la difettività del di lui consenso in ragione dell'età può dargli materia d'un'eccezione personale. Quindi si consideri quell'articolo o come allusivo all'obbligazione naturale, od anche a quella dell'impubere, sarà sempre vero che il legislatore francese le ha attribuito almeno nei rapporti tra il creditore e il fidejussore tutta la civile efficacia. Nè posso capacitarmi com'egli da questa gratuita, anzi falsa asserzione, si faccia avanti a conchiudere per la nullità dell'ipoteca. Egli non va più in là di questo raziocinio a vedere la possibilità di realizzare il diritto del creditore sui beni del fidejussore, che saria divenuto in questo caso il debitor principale: egli non dà ragione della contraria disposizione positiva della legge francese in discorso. Quindi possiamo dire ch'egli non vidde nemmeno la prima parte della dottrina che spieghiamo, anzi retrocesse dalla tradizione antica dell'efficacia dell'obbligazione naturale quando fosse confortata dal pegno: e trattando della legislazione francese distrusse una provvida disposizione, senza nemmanco porgerne una apparente ragione. L'autorità di quel dottissimo giureconsulto non può dunque offendere le superiori nostre conclusioni.

**7.** Un'obbligazione personale quando non è riconosciuta od è proibita dalla legge civile in modo assoluto, senza alcun riguardo esclusivo alla persona dell'obbligato, non può essere confortata dalla fidejussione o dal pegno esibito da una terza persona.

Quali sono queste obbligazioni assolutamente invalide? Un debito contratto senza una causa civile sarà esso suscettibile di garanzia? Distinguiamo sempre se questa sua invalidità dia luogo ad un'eccezione mera-

(1) Nel suo sistema ipotec. vol. 3. num 556.

mente personale all'obbligato, od un'eccezione opponibile da chiunque. Se il debitore allegasse il difetto di consenso, per l'età, per il turbamento de'sensi, per errore o violenza, noi persisteremo nell' opinione che abbiamo sostenuta contro di Grenier; perchè, e la legge positiva dice che un'eccezione meramente personale dell'obbligato non giova al fidejussore, e perchè questi o la persona che diede il pegno, dove non alleghino dal canto loro proprio una simile eccezione, cioè non nieghino il fatto del proprio consenso, avrebbero col proprio fatto ratiabito quell' imperfetta e nulla obbligazione. Ma un debito contratto senza una causa obbiettiva, per esempio una obbligazione di mutuo contratta senza la numerazione del danaro, senza la materiale esistenza del fatto che dà origine al debito, può benissimo essere allegata dal terzo: perchè allora il creditore non riescirebbe a provare il fondamento della sua intenzione; il suo diritto non sarebbe basato sulla legge naturale del credito, perchè chi dà nulla o si obbliga a nulla non s'intende che faccia credito, come dissimo a suo luogo. Alla validità sostanziale del diritto creditorio, come d'ogni contratto, si richiede questa causa obbiettiva impellente nel debitore: ***sed cum nulla subest causa propter conventionem, hinc constat non posse constitui obligationem*** (1). Il contratto di mutuo in questo caso, e quindi la fidejussione o il pegno sarebbero per ciò da annoverarsi fra i contratti simulati e imaginarii, ***qui colorem habent, substantiam vero nullam.*** Di essi si può dire che non si può sapere à cosa i contraenti abbiano acconsentito: a cosa pretenda il creditore che non è creditore, perchè ha dato nulla: a cosa sia obbligato il fidejussore che non potea intercedere colla sua fede, ove della sua fede non ci avea bisogno; e mancando l'oggetto del consenso, mancava il consenso: ***nam non dicuntur contrahentes verbo dixisse id, quod ab eis non gerebatur in mente*** (2); e per conseguenza ***contractus imaginarii juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate*** (3).

Per la stessa ragione della materia intrinseca dell'obbligazione, questa non è valida assolutamente, e quindi non è suscettibile di fidejussione o di pegno, quando non sia di quelle che si dicono ***perfette*** o ***piene***, e non abbia quindi nessuna coazione giuridica, non dirò civile, ma nemmanco morale: ad esempio quella di fare elemosina, od altre simili, secondo che disse Voet: ***et hæc ita si obligatio naturalis plena sit: si enim minus plena, quæ scilicet solo nititur pudoris vinculo, qualis olim erat obligatio ad fideicommissa præstanda, etiamnum ad donationem remuneratoriam faciendam, eleemosynas pauperibus distribuendas, aliaque plura, hos effectus haud producit: eo quod gratitudinis, misericordiæ, benignitatis officia non tam legibus imponi aut præscribi potuerunt,***

(1) Leg. 7. § 4. Dig. *de pactis*. Vinnio, *partit. jur.* lib. 2. cap. 5. in medio. Ognat. *de contract.* tom. 1. disput. 13. sect. 2.

(2) Merc. Merlin. *de pignor*. lib. 2. tit. 4 quæst. 112. num. 4.

(3) Modestino nella Leg. 54. Dig. *de obligat. et action.*

*quam potius pudore ac verecundia eorum a quibus proficiscuntur contineri* (1).

Se la causa del debito è turpe ed offende i buoni costumi non può produrre in faccia ad alcuna legge civile o naturale alcun vincolo morale: il che è per sè solo abbastanza evidente.

Ma ci ha un caso in cui vi ha un' obbligazione naturale destituita di ogni sanzione civile: ed è quella d'un credito, d'una promessa per giuoco, o per scommessa. Gli antichi avrieno dovuto conchiudere che siffatte obbligazioni fossero suscettibili di fidejussione o d' ipoteca: perciocchè le promesse e i debiti del giuocatore e dello scommettitore interessano la sua morale dignità. Ma noi appoggiandoci al nostro criterio distintivo della invalidità dell' obbligazione non pel diritto naturale e il civile, ma per ragione di persona e di materia, conchiuderemo il contrario. Siffatte obbligazioni sono impugnate o non riconosciute dalla legge civile, non per un riguardo personale verso il giuocatore o lo scommettitore, ma per ragione della materia e della causa degli impegni che assunsero: come quella che non deve sanzionare col solenne apparato de' suoi giudizii le conseguenze pur troppo talora disastrose del giuoco e dell'agiotaggio: non deve fomentare e dare l' ultima spinta con ciò alla ruina delle famiglie, e conservare nei casi particolari ciò che anatemizza nei Codici.

V' hanno poi delle obbligazioni che si dicono meramente civili, perchè destituite d' ogni valore intrinseco e morale, come ad esempio quelle che provengono dalla cosa giudicata nel caso d'una sentenza ingiusta. Desse hanno la stessa efficacia civile che si attribuisce all' obbligazion vera: e l' hanno per una necessità organica della società, la quale ha bisogno di una specie di dogmatismo, per cui i diritti e gli obblighi sono talvolta sacrificati alla forma, al risultamento delle prove estrinseche, alla autorità dei magistrati: la verità incoercibile nell' ordine morale e intellettuale ha bisogno d' una sistemazione nell' autorità dei giudizii. Epperciò davanti alla legge la *res judicata pro veritate habetur*; e l' obbligazione ivi contenuta, ottiene una validità incontrastabile: è quindi suscettibile di cauzione.

**8.** Dopo aver veduto in qual rapporto stieno le obbligazioni invalide all' ipoteca, vediamo più particolarmente delle obbligazioni valide per il Diritto civile.

Tutte le obbligazioni di questo genere sono rette dal principio generale che informa questo nostro §. Ma soventi volte avviene che più obbligazioni si presentino insieme, e non si possa agevolmente distinguere a quale di esse propriamente acceda l' ipoteca: e talvolta ancora sembrerebbe che l' obbligazione indicata per la principale si estingua, e tragga

(1) In pand. *de obligat. et act.* num. 3. *ambig. convent.* lib. XI. tit. 3. num. 35 Così anche il Cardinal Mantica, *de tacit et*

sero la perenzione dell'ipoteca; nel mentre che questa sussiste, perchè sotto le spoglie di quella obbligazione ne sorge un' altra colle stesse prerogative accessorie. Ad appurare le difficoltà che nascono in questo argomento, gioverà conoscere le cause morali dalle quali tutte le obbligazioni derivano. Dando la loro genesi commune sarà facile trovare la rispettiva loro parentela.

L'uomo si dice obbligato in modo derivativo dalla propria libertà e spontancità per due ordini di cause; le quali sarebbero poste o dal proprio consenso diretto, tacito od espresso, o dal proprio fatto. Colla sua promessa, o consenso espresso o tacito, s'impone la necessità di dare o di fare, o di non dare o di non fare una determinata cosa, un atto qualunque. Egli può pure obbligarsi indirettamente coi fatti proprii, i quali, o ritornano al consenso tacito e presunto, ovvero colle loro naturali conseguenze arrecano la necessità di fare o non fare, di dare o non dare ciò che ad altrui interessa.

Però Gajo e Giustiniano proposero quattro principii derivativi di tutte obbligazioni: il contratto, il quasi contratto, il delitto e il quasi delitto (1). Egli è agevole il vedere come tutte si riducono alle due cause che abbiamo indicate. A tutte le specie di obbligazioni, che provengono immediatamente da un contratto, può soccorrere l'ipoteca, secondochè scrisse Marciano: *res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione: sive mutua pecunia detur, sive dos: sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio vel conductio vel mandatum* (2). Al che Ulpiano soggiunge: *non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignori dari potest; veluti si quis pignus alicui dederit ut pro se fidejubeat* (3).

Alla seconda categoria delle obbligazioni che provengono dal fatto si possono connettere le tre specie di cause del quasi-contratto, del delitto e del quasi-delitto. Il quasi-contratto implica il consenso tacito, o la necessità mediata del fatto. Gajo classificò con aurea eleganza tutte le obbligazioni che dipendono da questa causa: *si quis absentis negotia gesserit . . . sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari; eoque nomine proditæ sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum. . ; sed neque ex contractu, neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit, cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est, sine mandatu suscipere negotiorum administrationem . . . sed utilitatis causa receptum est, invicem eos obligari . . . § 1. Tutelæ quoque judicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur: sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur . . . . . § 2. Heres quoque qui legatum debet neque ex contractu, neque ex maleficio obligatus esse intelligitur: nam neque cum defuncto, neque cum herede contraxisse quicquam legatarius*

(1) Leg. 1. Leg. 52. Dig. *de obligat. et action.* Institut. *de obligation.* § 2.

(2) Leg. 5. Dig. *de pignoribus.*

(3) Leg. 9 § 1 Dig. *de pignor. action.*

*intelligitur: maleficium autem nullum in eà re esse, plus quam manifestum est.* § 3. *Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur qua debitores creditoribus: sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo, quam contrahendæ dare videtur* (1).

Lo stesso giureconsulto qualifica nella categoria del delitto le seguenti obbligazioni: *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria, quæ omnia unius generis sunt* (2). E in altro luogo enumera quelle che discendono dal quasi-delitto, cioè dalla colpa: *Is quoque ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi.. Item exercitor navis aut cauponæ aut stabuli de damno aut furto quod in nave, aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est quod opera malorum hominum uteretur: ideo quasi ex maleficio teneri videtur* (3).

Queste due ultime specie d'obbligazione vincolano anche le persone incapaci alle obbligazioni contrattuali; quali sono i minori e gli interdetti (4).

**9.** Trovati i principii derivativi ai quali tutte le cause delle obbligazioni si connettono per rispondere a quel dubbio che abbiamo proposto sulla scelta di quella che tra più obbligazioni è guarentita da una data ipoteca, rimane a cercare: se l'obbligazione e il diritto corrispondente guarentito col pegno discenda veramente da una data causa piuttostochè da un'altra.

Accade sovente che in un contratto di vendita si stipuli l'indennità del compratore per l'eventuale evizione della cosa venduta: e che questa indennità eventuale si sia corroborata col pegno. Quel contratto è la causa e il principio derivativo della vendita e dell'obbligo dell'evizione. Se il contratto fosse annullato o per consenso delle parti, o per l'incapacità di una delle parti, o per qualsivoglia altro motivo, si intenderebbero annullati tutti i diritti e gli obblighi contenuti e derivati dal medesimo. Ma se soltanto si annullasse alcuno dei fatti o dei diritti ed obblighi contrattuali, gli altri che non dipendessero affatto da questi, manterrebbero

(1) Leg. 5. § 1-3. Dig. *de obligat. et act.*

(2) Leg. 4. Dig. *de obligat. et action.*

(3) D. Leg. 5. § 5 e 6. Dig. *de obligat. et action.*

(4) Leg. 14 Leg. 49. Dig. *de obligat. et action.* § 866 e 1340. del Codice civ. austriaco.

la loro efficacia, perchè aventi la loro causale nel contratto che non fu interamente distrutto. Poniamo ad esempio: un minorenne senza l'autorità del tutore e del giudice vendette un suo fondo e guarenti la manutenzione del contratto. L'autorità tutoria ricuperando il fondo, distrugge tutto il contratto e quanto vi si dedusse.

Ma se invece del minore, il di lui curatore avesse venduto un fondo dello stesso minore senza l'autorizzazione del giudice, e avesse dato a pegno le cose proprie per guarentire il compratore dal pericolo dell'evizione, annullata la vendita, sussisterebbe il contratto nelle altre sue disposizioni: egli rimarrebbe obbligato ad indennizzare il compratore degli effetti del contratto: i suoi pegni continuerebbero a guarentire questa sua valida obbligazione. Così disponeva testualmente la legge 9 Cod. *de prædiis et al. reb. min. Etsi is, quem prædium rusticum minoris distraxisse affirmas, curatoris officio functus id fecit, venditio tamen contra divi Severi orationem facta præsidis sententia non immerito rescissa est: pignora sane, quæ ob evictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberis persequi.* (1)

Questi due atti della vendita e dell'obbligazione reale per l'evizione sono ben distinti e di diversa natura. Saliceto afferrò tosto questa distinzione col dire: *licet alienatio sit prohibita minorum favore, tamen alii non prohibentur se et res suas obligare* (2). E di vero nulla s'oppone al credere che siffatta obbligazione personale e reale del curatore non sia valida anche nel caso che la vendita, principale oggetto del contratto, si rescindesse dal giudice: perciocchè quella obbligazione è legittimata sufficientemente dalla volontà del curatore stesso che diede i pegni. Il contratto fu rescisso; ma il contratto stesso ha per causa il *fatto* del curatore: e questo fatto diverrebbe appunto la causa prossima della sua obbligazione personale e reale a prestare l'evizione.

I commentatori intorbidarono l'intelligenza di quella legge col premettere senza alcun esame il principio che la promessa dell'evizione fosse un patto accessorio al contratto di compra e vendita. E da ciò concludevano che annullato il principale cadesse vano l'accessorio (3). La conclusione perchè dedotta da una falsa premessa, non è vera ed è in flagrante contraddizione col testo. Dionigi Gottofredo eludeva la disputa col dire: *accessorium non sequi suum principale, ubi in accessorio eadem non est ratio* (4). Ma ognun vede che questa è bensì l'accessorio del contratto che si dice di vendita, non però della vendita stessa. Ella deriva da ciò che il curatore guarentì la legittimità della fatta vendita: e perciò ella prese le forme di una obbligazione distinta, d'una obbligazione che nacque ed esiste indipendentemente dalla prima. Altri dissero

(1) Caso esposto anche da Carozzi, Giurispr. del Cod. aust. tom. 10. cap. 2. n. 2. ma senza darne la ragione.

(2) Salyceto in hanc. legem.

(3) Bachovio *de pign.* lib. 2. cap. 1. n. 1, Richeri, *Iurispr. univ.* vol. 9. § 1417.

(4) Nota alla sudd. Leg. 9. Cod. *de prædiis.*

che la vendita colle obbligazioni conseguenti, tuttochè fosse annullata dalla legge civile, continuava ad aver vigore nella legge naturale, che perciò l'obbligo dell'evizione come naturale, potea esser guarentito col pegno (1). Ma l'obbligo del curatore non è solo naturale, ma civile, perchè dipendente dal proprio fatto, quindi da una causa d'obbligazione riconosciuta dalla legge civile: la quale nel caso emergente fu pure riconosciuta per tale da Bacovio (2) e da Brunnemann (3), da Richeri (4) e da Mangilio (5). Il curatore contrasse due obbligazioni, egualmente civili, l'una della vendita attuale, l'altra della manutenzione del contratto e degli effetti della vendita stessa. L'una fu cassata, l'altra no; ma con poco divario si potea dire avere il curatore contratta sulla fede propria e coi proprii beni una espressa e contrattuale obbligazione. Era nulla la vendita ma diremo come disse Ulpiano: *subest tamen causa* . . . E lo diceva nel seguente caso simile affatto al nostro: *dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est Stichus: Julianus scribit,* IN FACTUM *actionem a Prætore dandam* (6).

Occorrono nel Diritto romano altri esempii perfettamente analoghi al precedente. Modestino disse: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus, ne deciperetur* (7). In questo caso quantunque il contratto sia nullo, egli è tuttavia un fatto imputabile al venditore, il quale o per il dolo o per la colpa sua si obbligò implicitamente per la soddisfazione del danno. Egualmente si dica di tutti i contratti nei quali interviene il dolo di una parte; se il dolo annulla il contratto, questo dolo che nasce appunto dall'autore medesimo del contratto, cagiona in essolui una obligazione che si direbbe non veramente cagionata, ma occasionata dal contratto; cagionata dal dolo, occasionata dalla stipulazione (8).

**10.** La relazione dell'obbligazione principale coll'ipoteca non è solo difficile a rilevarsi per la mutabilità e moltiplicità di più obbligazioni, che si presentano insieme o si succedono, ma riesce più ancora difficile ad essere constatata per la natura speciale di alcune obbligazioni, la cui materia, ossia l'oggetto cui tendono, non è rappresentato dal valore della proprietà ipotecata. Imperocchè in due modi può la cosa prestarsi all'adempimento di ogni obbligazione: o per se stessa direttamente, o mediante il suo valore.

(1) Voet. in pand. *de pignor.* num. 19.

(2) Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 1. n. 1.

(3) Brunnemam. Comm. a questa legge.

(4) Richeri, *Iurispr.* vol. 9. § 1417.

(5) Mangilio, *de eviction quæ.* 73. num. 11. e segg.

(6) Leg. 7. § 1. Dig. *de pactis* Paolo nella legg. 5. § 2. Dig. *de præscript. verb.* precisa meglio quest'opinione di Giuliano. Noodt. *de pactis et transact.* cap. IX.

(7) Leg. 62. § 1. Dig. *de contrahen emption* Vedasi anche ciò che disse Africano nella Leg. 30. § 1. Dig. *de action. empt. et vend.*

(8) Noodt. *de forma emendandi doli mali* cap. XII,

Quelle obbligazioni, le quali non possono essere soddisfatte colla sostanza o col valore della cosa, non possono senza dubbio essere confortate dal pegno o dall'ipoteca. Tali sono pressochè tutte quelle che riguardano esclusivamente la persona, e nascono nei rapporti generali della libertà umana, o particolari della famiglia e delle tutele: come sono descritte nella Parte I del Codice civile.

Quelle obbligazioni al contrario che si risolvono in una prestazione di danaro, o, sebbene riguardino la prestazione o l'omissione d'un fatto, possono tuttavia essere pareggiate e supplite con una somma di danaro, sono suscettibili d'assicurazione ipotecaria, in quanto che il valore del fondo ipotecato può servire al loro soddisfacimento.

Ma vi sono delle pretensioni personali che si dirigono sulla sostanza materiale della cosa, o sul suo materiale godimento, anzichè sul valore o surrogato economico della medesima: ad esempio il diritto del conduttore a rimanere nella casa o sullo stabile affittato durante il tempo della locazione (1); il diritto del legatario ad ottenere dall'erede la proprietà e il possesso della cosa legata (2); il diritto del venditore per la ricompera dell'immobile venduto (3); il diritto di prelazione (4). Questi ed altri diritti in quanto sono personali, e possono essere realizzati colla sostanza o il godimento diretto dello stabile, possono essi essere confortati dall'ipoteca sullo stabile medesimo? e questa ipoteca avrà essa l'effetto di rendere reale il diritto non sul valore ma sulla sostanza stessa della cosa?

La risposta affermativa sembrerebbe ovvia a tutta prima, per l'argomento che si potria condurre dal § 447 del Codice nostro ove, definendosi il pegno per quel diritto reale che si dà al creditore di *farsi pagare* sulla cosa, e significando la parola pagare pel § 1412 dello Codice stesso *il prestare quanto è dovuto*, si potria inferire che il pagamento non si restringe alla prestazione del valore, ma eziandio a quella della cosa stessa. Solutionis *verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet: solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.* Così disse Ulpiano (5); e Gajo soggiunse: *creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex aliqua causa debetur* (6). Si potrebbe adunque tradurre quella definizione del Codice austriaco in queste parole: pegno è quel diritto reale che si dà al creditore di farsi prestare quanto gli è dovuto sulla cosa, se nel tempo stabilito non siasi adempiuto all'obbligazione.

Ma quest'argomento è senza dubbio più superficiale che vero: perciocchè la legge differenzierebbe qui il significato specifico del pagamento *sulla cosa*, dalla prestazione materiale *della cosa* stessa. Oltre a ciò, sia pur dubbia questa prima definizione, i successivi §§ 461 e 462 dello stesso Codice civile caratterizzano il diritto di pegno e quindi d'ipoteca in modo

(1) §§ 1095. 1120. e 1121. Cod. civ. ausl.
(2) §§ 662. 684. Cod. civ. aust.
(3) § 1070. Cod. civ. ausl.
(4) §§ 1072, 1073, 1076, del Cod. civ. ausl.
(5) Leg. 176. Dig. de *verbor. signific.*
(6) Leg. 11. Dig. *de verbor. signific.*

da escludere la contraria opinione; perciocchè l'un creditore ipotecario non può altrimenti esercitare il suo diritto in giudizio se non chiedendo al giudice la vendita del pegno, e gli altri creditori iscritti possono redimere il credito per cui fu dimandata la vendita. La legge positiva adunque connette all'ipoteca lo scopo che ebbe sempre di dare al creditore la facoltà di vendere la cosa onde dal prezzo ritrarre il pagamento del suo credito, e converte la realità del suo diritto in questo modo speciale di realizzazione, cioè sull'utilità economica in quanto è rappresentata dal valore venale.

Noi non dobbiamo per un momento dimenticare come nell'ipotesi contraria si introdurrebbe un diritto reale che saria essenzialmente contrario a quello d'ipoteca, secondo le nozioni fondamentali che le abbiamo veduto assegnare fin qui. L'ipoteca è ben simile ad ogni altro diritto reale appunto per la realità sua: ma si differenzia, si personifica con questo carattere distinto, che cioè rappresenta la sistemazione del credito, e con essa la combinazione della proprietà fondiaria col capitale mobile; la qual combinazione però non distrugge nessuno de' due termini: ma per essa colla funzione giuridica del credito il capitalista partecipa della proprietà col credito reale, e il proprietario partecipa del capitale col debito personale. Se invece si identificassero cadendo ambedue sulla stessa materia, e proprietario e creditore concorressero sulla stessa cosa materiale, avressimo piuttosto una servitù od una proprietà divisa, che non veramente un'ipoteca. La proprietà del debitore e il diritto reale del creditore mediante l'ipoteca cospirano a un solo oggetto, che è il valore o il rappresentativo economico dell'utilità delle cose; e per tal modo l'ipoteca è un beneficio di cui si è accresciuta la libera disponibilità del proprietario; perchè ottenne con essa di mobilizzare parte del valore de' suoi stabili senza privarsene del godimento. Ed appunto per ciò che egli conserva la proprietà, e ne può disporre parzialmente a seconda de' bisogni, l'ipoteca non è una partecipazione della proprietà o del godimento, ma un mezzo per ricuperare i capitali accreditati; e la proprietà e il godimento dello stabile perseguita, non come suo oggetto e fine immediato, poichè allora sarebbe ella stessa o proprietà o servitù, ma come oggetto mediato e subordinato allo scopo di effettuare il rimborso del capitale, d'una cosa qualunque che è diversa dal fondo affettato. In caso contrario non diremmo più che l'ipoteca è un diritto accessorio, che suppone un diritto principale: ma l'uno e l'altro si identificherebbero costituendo un altro diritto, e degenerando sostanzialmente dalla sua natura elementare.

**11.** Coerentemente a questi principii il Codice civile dà le seguenti disposizioni in riguardo all'assicurazione del diritto personale del conduttore d'uno stabile a godere dell'utilità del suo contratto. § 1095 — Se il contratto di locazione e conduzione è inscritto nei pubblici libri, il diritto del conduttore deve riguardarsi come un diritto reale, il di

cui esercizio pel tempo che rimane non può essere impedito neppure da chi succede nel possesso. § 1102 — Se il conduttore ha pagato anticipatamente più d'una rata, potrà ai creditori posteriormente inscritti opporre il pagamento anticipato nel solo caso in cui esso pagamento sia inscritto nei pubblici libri. § 1120 — Se il proprietario ha alienato e anche consegnato ad un altro la cosa locata, il conduttore, se il suo diritto non è inscritto nei pubblici libri, deve dietro denunzia debitamente fattagli cedere la cosa al nuovo possessore. Ha però il diritto di esigere dal locatore il pieno soddisfacimento pel danno emergente e pel lucro cessante. § 1121. — In caso di vendita necessaria giudizialmente fatta, il conduttore, quand' anche il suo diritto fosse inscritto come reale, deve cedere la cosa al nuovo compratore. Per l' indennizzazione soltanto gli è riservato il suo diritto di poziorità. — Per togliere poi i dubbj insorti nel regno lombardo-veneto relativamente a questa iscrizione (stante l' inattivazione del sistema tavolare) la Sovrana Risoluzione 23 marzo 1841 dichiarava che — l' iscrizione del contratto di locazione e del pagamento anticipato della mercede nei libri pubblici contemplata dai §§ 1095 e 1102 del Codice civile può nel regno lombardo-veneto farsi nei registri ordinarj delle ipoteche *cogli effetti stabiliti nei* §§ 1095, 1102, 1120 e 1121 del Codice medesimo — (1).

Da queste premesse legislative non è tanto difficile rilevare l' effetto dell' iscrizione del conduttore, ossia qual specie di diritto reale possa egli acquistare. Com' egli possa rivestire d' ipoteca il suo diritto d' indennità per le anticipazioni di fitto, è facile il concepirlo, siccome quello che è facile il concepirlo, siccome quello che si risolve in un credito ordinario valutabile a danaro, e quindi realizzabile col valor del fondo. Lo stesso si dica in riguardo al diritto di soddisfacimento nel caso della forzata caducità del suo contratto: diritto che pur si risolve in una somma da determinarsi, ed egualmente realizzabile sul prezzo dello stabile. In ambedue i casi abbiamo una vera ed effettiva ipoteca.

Ma in riguardo al *jus insistendi seu manutenendi* sul fondo affittato, che non può essere veramente operativo sul valore del fondo medesimo, ma sul suo materiale possedimento e godimento, non ci può essere una vera ipoteca, ma un diritto d' un' altra specie. Comincisi a notare colla disposizione del succitato § 1121, che, comunque quel diritto sia inscritto presso l' ufficio delle ipoteche, non si conserva nella sua natura dopo una vendita giudiziale esecutiva. Quella disposizione è assoluta e non patisce limitazioni: nemmeno nel caso che tutte le ipoteche sussistenti sul fondo fossero posteriori all' inscrizione del conduttore. Anzi la legge espressamente vi allude dicendo, che della sua poziorità può solo valersi in riguardo al diritto d' indennizzazione, cioè a quel diritto che è veramente suscettibile l' ipoteca, perchè compensabile a danaro.

(1) Dispaccio 18 aprile 1841 dell' i. r. cancelleria aulica riunita, notificato dai Governi di Lombardia e Venezia il 29 maggio 1841.

Però si obbietta: se il *jus insistendi* non è suscettibile d'ipoteca comunque inscritto all'ufficio delle ipoteche, perchè dovrà essere efficace contro l'acquirente per titolo volontario, siccome dispone il § 1120 del Codice civile? È egli un diritto reale? Queste due diverse disposizioni della legge non sono esse contraddittorie? La legge può avere una ragione che elimini questa contraddizione, e la faccia di mera e superficiale apparenza? Una ragione ci può essere; ma prima di dirvi sopra la mia opinione, gioverà fermar l'attenzione appunto sopra questa differente dispositiva dei §§ 1120 e 1121, nell'ultimo dei quali crediamo contenersi la riprova di ciò che dissimo superiormente: che cioè non è suscettibile di vera ipoteca un diritto personale che non sia realizzabile col valore del fondo affettato.

Cerchiamo ora la ragione per cui questo diritto d'insistere non sembra reale contro i creditori ipotecarj e il deliberatario all'asta esecutiva, nel mentre che è efficace contro il terzo acquirente per titolo volontario. Prima di tutto osserviamo che questo diritto perchè inscritto non diviene nè possesso, nè dominio perchè il conduttore non possederebbe *animo domini*, non diviene nè dominio, nè compartecipazione di dominio, nè servitù personale: perciocchè se fosse l'un d'essi, la Sovrana Risoluzione del marzo 1841 non l'avria assoggettata all'iscrizione nei registri ipotecarj; stantechè simili diritti, nell'aspettazione del sistema tavolare, sussistono efficaci e reali anche senza veruna inscrizione (1). E siccome il Codice civile non riconosce altra specie di diritti reali fuorchè quelli menzionati nel § 308, ossia il possesso, la proprietà, il pegno, la servitù e l'eredità; quindi diremo che per siffatta inscrizione quel diritto non ottiene nè la natura, nè l'efficacia assoluta d'un diritto reale.

Di conseguenza siamo condotti a presumere che l'efficacia di quella inscrizione produca il semplice effetto d'un'annotamento di sequestro. Senza anticipare sulla materia che è propria del pegno pretorio e che tratteremo sotto il § IX del seguente Capo, ci basti qui di mostrare la ragione della differenza fra gli effetti sanciti nei succitati §§ 1120 e 1121. Il semplice sequestro non importa prelazione di tempo ed efficacia reale contro i creditori ipotecarj e i con aventi causa, ossia il deliberatario all'asta esecutiva (2); a meno che fosse stato confermato a sensi del § 384 del Regolamento giudiziario con ciò che gli antichi dicevano *secondo decreto*. Ma in riguardo al diritto d'insistere il Legislatore ha concesso al conduttore una provvidenza limitata ed eccezionale. Col semplice sequestro, ha impedito la disponibilità nel locatore senza dare i mezzi al conduttore d'acquistare un diritto che fosse veramente reale. Quell'annotamento costituisce una semplice proibizione *in rem scripta* efficace contro il successore singolare per titolo volontario: perchè proibendosi col sequestro la libera disponibilità del dominio nel debitore, tutte le alienazioni che costui facesse in pregiudizio di chi l'impetrò non

(1) Vedasi di ciò sotto il seguente § XIII.

(2) Vedasi il § XLVII n. 14, oltre il sudd. § IX. n. 3 e 4. veggasi ancora la materia del pignoramento sotto il § LVIII, del vol. 2.

sarieno valide ed operative (1). Ma non costituisce un *jus in re*, perchè se ciò fosse dovea il Legislatore conservarlo efficace anche contro i creditori. Potea il Legislatore far ciò? È ragionevole la sua legge? Che il Legislatore potesse limitare le sue larghezze in pro' di alcuna classe di persone, non è chi nol vegga, e nol conceda, quando con esso non si offendesse l'economia giuridica delle leggi e degli altri interessi civili. Egli non offendeva l'acquirente per titolo volontario, perchè essendo egli tenuto alle risultanze del pubblici registri, dovea rispettarle. Non offendeva il locatore, perchè questi non che resistere, deve anzi rispettare la fede dei contratti. Giovati ne rimaneano i conduttori perchè riceveano una garanzia dei diritti personali provenienti dal contratto di affitto e di pigione: ma il favore ottenuto non si volle estendere a danno dei creditori ipotecarj anche posteriori; ma si favorì la proprietà, in modo che non fosse imbarazzata da nuovi vincoli, oltre quelli già pur molti e pesanti, quali sono le enfiteusi, i censi reservativi, i fedecommessi, i beneficii, le servitù, i feudi ed altre limitazioni.

Nell' antico Diritto si concedeva al conduttore d' impedire l'alienazione dello stabile affittato mediante la convenzione d'un ipoteca speciale sul medesimo, che produceva l'effetto di dargli il *jus retentionis* contro l'acquirentè per titolo volontario (2). Ma appunto perche rivestito di ipoteca il diritto del conduttore si risolvea nel *quanti interest*: appunto perchè ipoteca, il locatore come proprietario potea legittimamente aver venduto il fondo affittato, e il compratore potea offerire al conduttore il soddisfacimento del danno derivato dall'immaturo scioglimento del suo contratto: *declaratur*, scriveva Caroccio, *ut isto casu emptor*, *vel alius singularis successor*, *offerat conductori suum interesse, quo casu expelli poterit* (3). Ben è vero che una contraria opinione fu adottata da molti prammatici quali il Mercuriale Merlino (4), Gaspare Antonio Tesauro (5) e i moltissimi da lui citati, e da ultimo il nostro Richeri (6); ma questa opinione non era appoggiata sopra alcun testo, nè vinceva gli argomenti contrarj superiormente allegati. Era piuttosto novità legislativa che interpretazione subalterna. Però non è a stupirsi di questa oscillazione, se si pone mente alla natura speciale dell'argomento, per cui la locazione e conduzione tocca coll' enfiteusi con una gradazione che è quasi insensibile nelle locazioni ereditarie. Le affittanze e la classe dei coloni costituiscono un interesse gravissimo della società, e noi non faremmo le meraviglie se alcun legislatore accordasse loro un diritto veramente reale, come infatti si era stabilito nell' antico Codice estense, art. 7 del

(1) Sudd. § IX, n. 3 e 4.

(2) Caroccio, de local. tit. *de successor.*, *singular.* quæ 25. num. 28. Merc. Merlin. *de pignor.* lib. 4. 47. 5. quæ 172. n. 7.

(3) Carocio, ibidem num. 33. Neguzant. *de pign.* par. 2. mem 1. n. 7.

(4) M. Merlin. ibid. n. 40

(5) Thesaur. quest. forens. lib. 2. quæ 13. n. 10.

(6) Richeri, Iurisprud. univ. vol. 10. § 1291.

titolo della locazione, ove si era adottata l' opinione che l' ipoteca desse al conduttore il *jus insistendi* contro il successor singolare (1). E fu pure stabilito nell' art. 1743 del Codice Napoleone che un contratto di locazione autentico e di data certa faccia sì che il conduttore non possa essere cacciato dal compratore, senza bisogno alcuno d' inscrizione come si vuole nelle leggi austriache. Ma ciò che più importa, non si distingue la vendita a titolo volontario dalla vendita giudiziale necessaria: anzi nell' art. 691 del Codice di procedura si applica la stessa disposizione in quest' ultimo caso; e la giurisprudenza francese stabilisce persino che senza alcuna iscrizione il conduttore di buona fede possa aver pagato in anticipazione molte annate di fitto in pregiudizio de' creditori ipotecarii (2). Veggasi da ciò fin dove si arriva con quella tanto decantata legislazione! Accanto agli enormi difetti del suo sistema ipotecario, all' occultezza della proprietà e delle ipoteche, alla generalità di queste e delle ipoteche giudiziali si aggiunse questo nuovo pericolo.

Ci basti adunque d' aver fermato il punto ove giunse il nostro Legislatore, nel favorire con estremi riguardi la conservazione di fatto delle affittanze, mediante l' iscrizione nei registri ipotecarj.

**12.** Quello che dissimo del diritto d' insistere sul fondo locato, che non può essere soggetto d' ipoteca, deve egualmente applicarsi agli altri diritti che non si possono direttamente realizzare sul valore del fondo al quale tendono: quali sono, come abbiamo detto, le pretese personali alla proprietà dello stabile od al possesso o ad una servitù sopra il medesimo; come sono quelle del legatario, cui fu lasciato lo stabile stesso, del venditore pel patto di ricupera o di prelazione, di colui che ottenne l' usufrutto e non fosse entrato in possesso, ed altre consimili. In quanto queste pretese sieno personali e si vogliano assicurare, non lo si possono ipotecariamente, perchè il concetto dell' ipoteca implica la mobilizzazione del valore del fondo, la combinazione della proprietà terriera col capitale, quindi una diversità d' oggetto nel diritto personale e nell' obbligo reale. Se ed in quanto poi questi diritti si possano assicurare col sequestro e colla relativa inserizione all' ufficio dell' ipoteca, non è quello di cui ci dobbiamo occupare al presente. Avvegnachè qui cerchiamo solo se siano materia d' ipoteca. E non essendolo, passiamo oltre con questa conclusione negativa.

(1) Chiesi, sistema ipotec. num. 580. vol. 3 pag. 118. 119. Questo egregio giureconsulto entra in questo luogo in una polemica con Troplong sull' essere o il non essere reale il diritto del conduttore secondo la legge francese

(2) Vedi Troplong *des priv. et hyp.* num 777 ter e segg

## § VI.

L' obbligazione principale può essere certa od eventuale. Ma l' obbligazione eventuale, il cui adempimento è lasciato all'arbitrio del promissore, siccome è nulla, non può dare causa al diritto di pegno (*); eccetto il caso in cui il promissore medesimo prima di divenire effettivamente debitore si avesse attribuito in un contratto o con un proprio fatto alcuna facoltà, dagli effetti della quale abbia bisogno il creditore di premunirsi (**).

(*) *Argomento dai §§ 449 e 1351 del Cod. civ. austr. dall' art. 1174 Cod. civ. francese.*

(**) *Vedasi la seguente dimostrazione.*

**SOMMARIO.**

1. Delle obbligazioni future, se ed in quanto sieno assicurabili dall'ipoteca: importanza dell'argomento.
2. Distinzione tra quelle che hanno una causa *de præsenti*, come le obbligazioni condizionate *e in diem*, e quelle che hanno una causa *de futuro*: conclusione negativa per queste.
3. Delle obbligazioni condizionate in genere.
4. Del diritto condizionato del legatario.
5. Delle condizioni casuali, potestative e miste.
6. La condizione potestativa per parte del debitore non è una vera condizione, come l' obbligazione cui è aggiunta non è obbligazione.
7. Scoperta la condizione potestativa rimane a cercare un' altra causa latente dell' ipoteca. E questo avviene in cinque casi.
8. 1.° Caso: dell' ipoteca concessa per la dote non numerata.
9. 2.° Caso: dell' ipoteca dei tutori e amministratori. 3.° Caso: dell' ipoteca degli interessi di mora. 4.° e 5.° Caso: delle operazioni di credito: remissive.
10. Ricerca della conciliazione nell' interpretazione della legge *qui dotem*. Dig. *qui potiores in pignore*.
11. Due erronee interpretazioni della suddetta legge nella giurisprudenza antica e moderna.
12. Tentativi per la ricerca del principio latente nella suddetta legge *qui dotem*, secondo Baldo, Neguzanzio, Tesauro e Mantica.
13. Rinvenimento di quel principio desunto dalla natura dell'ipoteca, ossia dell'analisi della legge naturale del credito. Dimostrazione del §: e deduzione ai suesposti tre casi.
14. Deduzione pratica per gli ultimi due casi, cioè all'ipoteca per le partite di credito presso i privati, o presso le società di credito fondiario.

**1.** Quando il milanese giureconsulto Salvio Giuliano scrisse quella sentenza oggimai volgare: ***non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*** (1), venne ad accusare le scienze giuridiche di questo difetto, che pure cominciò ad essere sospettato eziandio nelle moderne

(1) Leg. 20 Dig. *de legibus*

scuole, che cioè molti articoli della legislazione civile tuttodì si trovino, i quali, benchè consacrati da remotissima tradizione, e confermati dall'assoluto consenso della pratica, si vedono tuttavia sprovveduti d'una acconcia dimostrazione razionale. La qual mancanza, se non è avvertita nella affaccendata giurisprudenza del foro, assai più intesa alla deduzione che alla sistemazione scientifica de' suoi aforismi, e non è sempre confessata dalla giuridica o illusa dalla boria de' dotti, o travagliata dalla vastità della materia, e più ancora dalla imperfezione del metodo, accade tuttavia che in alcune circostanze s'affacci in tutto il suo vuolo disgustoso, e desti l'indifferenza de' pratici, e punga la facile contentezza dei teorici a conveniente attenzione. E questo avviene se per caso all'aforismo ricevuto si contrappone in modo di antitesi irreducibile un altro aforismo egualmente accreditato nella pratica, e giustificato pur esso dalla ragion logica e civile; e più ancora se quel primo aforismo sprovveduto di razionale derivazione, si volesse estendere ad altri casi particolari; e tanto più ancora se la legge positiva tacesse in quest'ultimo riguardo, e le raccolte di giurisprudenza pratica non avessero ancora stabilita la secondogenita autorità della *magis recepta sententia*.

Continuando noi nella trattazione dell'obbligazione personale, alla quale è accessoria l'ipoteca, ci troviamo d'incontro un insigne esempio di uno di questi malanni della giuridica: poichè in riguardo a ciò che si dice *obbligazione futura* ci hanno dei principii veramente contradditorii, i quali non si sono per anco appianati e lucidamente composti in un principio superiore. Quindi la deduzione pratica ad una grande quantità di casi pratici importantissimi è si può dire disperata, per essere impotente ad uscire dall'uno dei due termini contradditorii; ma ora sull'uno ora sull'altro estremo combatte con molto affanno e con nessun costrutto. E la controversia non è sorta da jeri, ma dalla scuola di Bologna discese ai tempi nostri, e s'agita vivacissima presso tutti i giureconsulti moderni che s'occuparono di essa per ragione del loro instituto.

Parrà forse millanteria la nostra se dicessimo d'aver detto l'ultima parola, d'aver composti tutti i dissidii, mediante una sviscerata analisi della legge naturale e civile del credito. Pure non possiamo non lusingarci di avere per tal modo semplificata non solo, ma sciolta la insuperata antitesi mediante un principio che abbiamo osato di porre tra gli aforismi della legge vigente. E, l'abbiamo detto un'altra volta, nelle scienze giuridiche l'assoluta certezza non è sempre retaggio dello studioso: ma l'opinione sua merita giustificazione e conforto dal modo stesso con cui dimostra d'averla trovata e stabilita. Preghiamo perciò il lettore ad una scrupolosa attenzione al processo di queste nostre ricerche.

Prima porrò quelle conclusioni che sono ricevute in pratica con universale consenso: stabilirò come si classifichino in due ordini di idee l'uno all'altro contradditorio: indi col processo critico dell'antica e moderna giurisprudenza tenterò di scoprire nell'analisi del credito quel principio che li concilii con una fortunata evidenza.

**2.** È massima fondamentale della dottrina ipotecaria, siccome abbiamo veduto nel § precedente, che non può esistere e non si può concepire che esista l'ipoteca, se non ed in quanto sia accessoria ad una valida obbligazione personale. Questa massima si può convertire sotto questa altra espressione: se l'ipoteca fosse stata costituita per un debito che allora non esisteva per anco, ma che soltanto poteva nascere in avvenire, e che si prevedea che potesse nascere, ma non senza il liberissimo volere del debitore, ossia del promissore; questa obbligazione siccome debito futuro e non ancora esistente non saria stata suscettibile d'ipoteca; e se pure l'ipoteca era stata concessa, non avrebbe preso nascimento ed efficacia se non dal giorno in cui l'obbligazione si fosse effettivamente e irrevocabilmente contratta (1).

Frammezzo a queste due proposizioni contrarie ci ha quella che si riferisce alla validità dell'ipoteca aggiunta ad un'obbligazione futura *in diem* o condizionata.

Nippel (2), Winiwarter (3) ed Ellinger (4) scrissero che non sia necessario che la pretensione principale esista in fatto nel momento che si dà l'ipoteca, ma che possa essere anche futura ed eventuale, come si osserva tuttodì nelle cauzioni. Questa proposizione generale è vera, ma non è sicurissima in tutte le sue applicazioni. Ella ha bisogno d'essere analizzata.

Tutte le obbligazioni e i diritti contratti per un tempo futuro si ponno classificare in due categorie. Vengono nella prima quelle che furono formulate di presente, ma non devono nascere che in un tempo avvenire, (ex causa de futuro): dimodochè all'infuori della disposizione pensata e scritta, i disponenti conservando intera la loro libertà d'azione, non s'intendono avere acquistato un diritto, od impostasi alcuna obbligazione di presente, ma soltanto *superveniente aliqua nova causa*. Vengono nella seconda quei diritti e quelle obbligazioni che sono imposte ed acquisite nella loro essenza *ex causa de præsenti*: ma sono future in quanto alla loro estrinseca efficacia o determinazione. In questa seconda categoria si comprendono le obbligazioni future *in diem* e le condizionate.

Alle obbligazioni veramente future che non hanno nel tempo presente nè essenza nè efficacia, si può bensì aggiungere nel momento della loro formale disposizione, la promessa del pegno: ma per la regola superiormente posta che non s'intende costituito il pegno dove non ci ha contemporaneamente un debito, quella garanzia non ha effetto e data se non col giorno in cui veramente nascesse il debito (5).

(1) Argomento dalle Leg. 1. Dig. *qui potiores in pignor.* Leg. 5. Dig. *de pignorib.* Leg. 6. § ult. Dig. de fidejussor. Card. Mantica, *de tac. et amb. conv.* lib. 11. tit. 3. num. 30. Zoesio, *comment. in pand.* tit. *de pignorib.* num. 13. Hotoman, in Dig. *de pignorib.*

(2) Comento al § 449, num 1 Codice civ austriaco.

(3) Diritto civile, tom. 2. § 137.

(4) Manuale del Dir. civ. § 449.

(5) Müller, in notis ad Struvium, *syntagma juris*, tit. *de pignor.* num. 4. nota di *Pothier*, pandette riordinate, *de pignorib.* num. 12. Hotoman, *de pignorib.* Mattei al § 449. num 6 e 7. del Cod. civ austr

E Paolo G. C. romano ce ne offre un bell'esempio nella legge 4 Dig. *quæ res pignor*. Tizio, avea detto: se Mevio mi presterà una somma, gli dò un'ipoteca fin d'ora sopra i tali fondi. Dappoi, avendo egli venduto alcuno di questi, prese il danaro promesso. Si chiese se anche quei fondi ipotecati che furono venduti fossero tenuti al creditore. Egli rispose, che no; perchè il debitore dopo data l'ipoteca poteva anche non ricevere il danaro richiesto; e non si dovea dire che l'ipoteca fosse costituita se non quando questi avesse cominciato ad essere debitore col ricevere il danaro: *eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est.*

Le obbligazioni e i diritti futuri che hanno la loro ragion d'essere in una causa legittima che esiste al tempo della costituzione del pegno, la di cui efficacia o determinazione ulteriore è subordinata ad un tempo futuro, od all'evenienza di una condizione, sono certamente valide obbligazioni e validi diritti dal momento in cui sono dedotte in contratto, e sono perciò suscettibili di cauzione reale (1).

I crediti realizzabili in un tempo futuro e certo, sono sempre crediti, *quia præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio* (2). *Unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit* (3).

Tale sarebbe il debito per le pensioni locatizie (4), degli interessi d'un capitale, delle rendite perpetue.

**3.** Tra le obbligazioni e i diritti futuri vi sono quelli che dipendono da una condizione. La condizione costituisce una limitazione alla promessa d'obbligo, non in quanto ne protrae l'adempimento ad un tempo futuro, ma in quanto ella resta sospesa *in incerto dubioque casu* (5).

Colui che promette una somma di danaro, una cosa qualunque, può bene imporre una limitazione a quella sua promessa, prescrivendo una condizione della medesima nell'avvenimento d'un fatto. Ma questa limitazione non impedisce che prima dell'avvenimento del fatto, che è materia della condizione, una vera obbligazione nasca e si conservi: solo se ne protrae l'adempimento e l'efficacia al tempo in cui il fatto fosse avvenuto, o si fosse verificato.

Epperò cautamente s'esprime il Legislatore austriaco nel § 696 del Codice civile, ove dice che col verificarsi della condizione *si rende efficace il di-*

(1) Richeri vol. 9. § 1418. Voet, Dig. *qui potiores in pign.* num. 30. Grenier, hyp num. 21.

(2) Paolo nella legge 46. Dig. *de verbor. oblig.* (45-1) così il Cod. civ. aust. nel § 703. § *omnis. Institut. de verbor. obligat*

(3) Questo corollario è tratto da Marciano nella legge 12. § 2. Dig. *qui potiores in pign.* M. Merlin. *de pignor.* lib. 4. til 1, quæ. 2. num. 2. Bart. in Leg. *ita demum*, § *sed si quidem.* n. 1. Dig. *de recept. arbitr*,

(4) Di cui nella famosa Leg. *qui balneum.* 9, Dig. *qui potiores in pignore.* Richeri: vol. 9. § 1575. Zeiller, comento al § 450. n. 1. Nippel, al § 449. n. 2.

(5) Bruxellio nell'aureo trattato *de conditionibus*, in princ.

*ritto costituito*. E con ciò suppone che per le condizioni sospensive aggiunte alle stipulazioni, si contragga un diritto da una parte, e un obbligo dall'altra, anche prima del verificarsi della condizione: salvo che l'*efficacia* di questo diritto non si ottiene che col verificarsi della condizione medesima.

Ond'è che siffatto diritto condizionato può trasmettersi, come ogni altro agli eredi dello stipulatore (1): e costui può ritenersi vero creditore, come disse Ulpiano: *cum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse* (2).

Questo diritto e questo obbligo esiste dal momento che fu pattuito, perciocchè il debitore si atteggiò nella necessità di fare e di dare secondo la evenienza di un fatto prestabilito. *Is qui se obligavit*, disse Otoman in proposito delle obbligazioni condizionate, *mutare formam obligationis non potest, et facere ut adversario invito res sit extra causam pignoris* (3). Il diritto di costui non è una semplice speranza, ma un vero diritto in quanto che a renderlo efficace non si richiede una nuova determinazione dell'obbligato, ma soltanto una condizione ossia un avvenimento eterogeneo alla causa morale dell'obbligazione e del diritto, che è riposta nel consenso del promissore. La causa formale dell'obbligazione e del diritto è costituita *de præsenti* nella convenzione stessa: data quella causa l'obbligazione è nata, il diritto è costituito, il promissore dee obbedire al comando del creditore, e questi ha una certa qual padronanza sovra di lui, eccetto che costui non può comandare prima che si verifichi la condizione.

Non crediamo perciò attendibile la contraria opinione di Troplong che il diritto condizionato non sia ancora nato, e non sia che una semplice speranza (4): avvegnachè la promessa condizionata non profitterebbe agli eredi dello stipulatore, se non attribuisse dal momento in cui fu emesso un qualche diritto sebbene inefficace per allora nel medesimo (5). La semplice speranza d'un diritto futuro, non può formar parte dell'asse ereditario, nè può cedersi ad alcuno (6). La legge fornisce molti esempii di diritti che esistono per così dire in potenza, e non in forma; quale il diritto del creditore avente titolo all'ipoteca, ma non il diritto reale ipotecario perchè non ancora inscritto: il diritto del compratore alla cosa comperata e non ancor tràdita.

L'avvenimento della condizione prestabilita apre il campo all'esercizio di quel diritto costituito: il quale ottiene la medesima efficacia come se

(1) § 900. Cod. civ. aust. § 25. Instilut. *de inutilibus stipulation.* § 1. Instilut. *de verbor obligat.* Leg. *si quis.* 57. Dig. *de verbor. obligat.*

(2) L. 42. Dig. *de obligat. et action.* Così anche nella Leg. 84. Dig. *de verbor signific.* Salgado, *Sabyrint. creditor.* par. 1. cap. 6. num. 35, 36 Thesaurus. *decis Pedemont* 257, n. 7. Surdus *decis*, 151, n. 10. Bruxellio *de condit.* lib. 2, tit. 1, n. 29.

(3) Hotoman, in Dig. *de pignoribus.*

(4) *Des privilèg. et hypoth.* num. 472.

(5) Bruxellio *de condit.* lib. 2, tit. 3, n. 16.

(6) De-Olea *de cessione jurium*, tit. 3. quest. 10, n. 12

non avesse patito alcuna limitazione. *Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* (1). Questo diritto e la relativa obbligazione validi essendo nella loro origine contrattuale, poteano fin d'allora essere assicurati col pegno: e il creditore per riguardo al credito e al pegno deve considerarsi anteriore in tempo e in diritto a chiunque altro che prima della condizione verificata e dopo il giorno della stipulazione avessero contrattato col suo debitore (2).

**4.** Ma si potrà dire lo stesso dell'ipoteca conceduta dall'erede per garanzia d'un legato condizionale, prima che la condizione sospensiva aggiunta sia verificata? La cagione di dubitare sta in ciò che per conseguire quello, che è stato lasciato sotto condizione sospensiva, la legge richiede che il legatario sopravviva all'adempimento della condizione, e che al tempo in cui si verifica sia capace di succedere (3). Ed Ulpiano nella legge sovracitata (4) maggiormente aggrava il dubbio col dire: *is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum extiterit conditio. Quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Crediamo utile di rilevare dapprima questa differenza: che ha maggior diritto il creditore per contratto, che non il legatario: in quanto che il primo può trasmettere a'suoi successori il suo diritto imperfetto, il secondo non lo può. Ma il legatario condizionato se secondo il gusto di Ulpiano non può millantarsi creditore, cessa però di avere un diritto contro l'erede? Non è egli costituito in una situazione, che l'erede non può scongiurare, quella cioè che al verificarsi della condizione imposta, sopravivendo egli, lo possa costringere all'adempimento dei legati?

Ci sembra che tutta la differenza che corre tra i due creditori condizionali sia in ciò, che il diritto del creditore comune è limitato dalla condizione prescritta nel contratto: il diritto del legatario è subordinato alla condizione imposta dal testatore, più alla condizione che è imposta dalla legge stessa: che cioè egli sopravviva all'evento della condizione, e si trovi in quel tempo capace di succedere. Ancora in questo caso avressimo nella persona dell' erede un' obbligazione, condizionata bensì doppiamente, ma però indeclinabile dal canto suo pel fatto dell' adizione. Il diritto del legatario, tuttochè futuro nella sua realizzazione, ha una causa e un titolo legittimo perchè si possa dire nato e sussi-

(1) Gajo, nella legge 11. § 1, Dig. *qui potiores in pignore* Voet, in pand. *qui potior. in pign.* n. 30. Zoesio ibid. num. 2 Bruxellio *de condition* lib. 2, tit. 1.

(2) Leg. *qui balneum* 9. leg. 11. § 1, Dig. *qui potiores in pignor.* Neguzanzio, *de pignor* par. 5 mem 2, n 10

(3) § 703 Cod. civ. aust. Il Mattei, Comm. al § 703. riferisce le sentenze, dell'appello 11 aprile 1851, e di 3. istanza 14 agosto 1851, in cui fu abbracciata una teoria opposta. Gazzetta dei Tribunali 1851, num. 85.

(4) L. 42. Dig. *de obligat. et actio*

stente: epperciò questo suo diritto, al pari dei convenzionali, può essere guarentito in tempo utile (1).

Ci riserviamo al seguente § VIII num. 4 e 5, di mostrare come le legislazioni abbiano sempre provveduto in siffatto modo alla sicurezza del legatario. E frattanto serva d'esempio dimostrativo questo responso d'Africano per fermare la suddetta conclusione. *Sed et si hæres ob ea legata quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset: et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit: ac postea conditio legatorum extitit: hic quoque tuendum eum cui prius pignus datum est existimavit* (2).

**5.** Le condizioni sospensive aggiunte ai diritti e agli obblighi, avendo per materia l'avvenimento di un fatto contingente qualunque, futuro ed incerto (3), diversamente influiscono sopra la costituzione di essi diritti ed obblighi, secondo la natura del fatto medesimo, e secondo che egli è opera della fortuna o dell'arbitrio umano.

Dalla natura dei fatti e dalla forma colla quale si esprimono fu suggerita la distinzione delle condizioni possibili od impossibili, delle lecite od illecite, delle espresse o tacite, e delle inintelligibili.

Se il fatto poi avviene per opera del caso piuttosto che per la libera volontà dell'uomo, la condizione prese il nome di *casuale*, di *potestativa* e di *mista* (4).

È *casuale* quel fatto che in tutto dipende dalla fortuna e dall'azzardo: come se per esempio si dicesse, vi darò 100, se arriverà la nave dalle Indie; se avrò figli; oppure che dipende dall'arbitrio di persone estranee agli interessati, al contratto o alla disposizione testamentaria (5).

È *potestativa* quella condizione che dipende dal mero arbitrio della persona alla quale vien fatta una promessa ed accordato un diritto: come se per esempio io vi promettessi una somma, se voi abbatterete un albero che mi oscura la casa (6).

È *mista* quella condizione il di cui adempimento è in arbitrio parte

(1) E tale è l'opinione del Carozzi, Giurispr. del Cod. civ. aust. tom. 10. *diritto di pegno* cap. 2. num. 26.

(2) L. *qui balneum*, 9. § 2, Dig. *qui potiores in pign.* Bruxellio, *de condition.* lib. 2, tit. 3, n. 16. Sabellio. *Resolut.* 25, n. 4. Voet, in pand. *qui potiores in pign.* n. 30. Zoesio, ibid. num. 2.

(3) Bartolo. in l. 1. num. 1. Dig. *de cond. et demonst.* Bruxellio *de conditionib.* lib. 1. tit. 1, Vinnio, *partit. jur.* lib. 2. cap. 37. Pothier, *trait. des obligations,* par. 2 chap. 3, num. 199, Richeri, *jurispr. univ.* lib. 3. tit. 12. vol. 10. § 295.

(4) Neguzant. *de pignor.* par. 5. m. 2, n. 10 Zoesio, *in pand. qui potiores in pign* num. 2, Cujaccio, ad Leg. *qui balneum.* Richeri, *iurispr. univ.* vol. 9. § 1571, Pacifico, *de Salvian. interd.* inspect. 3. cap. 2, num. 508 e 509.

(5) Bruxellius, *de condition.* lib. 1. tit. 2, e 3. Non è esatta l'opinione di Grenier, *hyp.* num. 22, che confonde la condizione potestativa per parte del creditore con quella che dipende dal debitore. La prima non scema punto la forza dell'obbligazione del debitore: la seconda sì.

(6) Bruxellio *de condition.* lib. 1. tit. 2. n. 3. Pothier. *des obligat.* par. 2. ch. 3, n. 201. Richeri: *iurispr. univ.* tom. 6 § 57, Mantica, *de tac et amb.* lib. 14 tit 46, num 19 e 20

della volontà del creditore, parte d'una terza persona: vi darò la tal somma se voi sposerete quella donna (1).

Per tutte queste specie di condizioni si può invocare la teoria superiormente dedotta, che cioè verificata la condizione, la stipulazione prende efficacia dalla sua origine, e con essa anche la convenzione accessoria del pegno.

**6.** Sogliono comunemente i prammatici aggiungere a quest' ultima categoria la quarta specie della condizione ***potestativa per parte del debitore*** aggiunta, come dicono, alla di lui obbligazione (2).

Ma per poco che si esamini questo concetto, ei si riduce a un vero controsenso. Imperocchè se l'obbligazione è un ***juris vinculum quo necessitate adstringimur*** (3), come si può dire obbligato colui che si riservò di poter fare precisamente il contrario? Delle due: o ci ha una vera obbligazione, e il debitore non può schermirsene a suo arbitrio: o può fare il contrario, ed allora non contrasse obbligazione alcuna. ***Sub hac conditione si velim, nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis*** (4). ***Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit*** (5).

Questa fittizia condizione, ripugna adunque coll'idea dell'obbligazione, non che sospenderla o risolverla; ella dee perciò essere scartata dal savio ragionatore, perchè nelle discipline legali l'abuso delle parole trae seco sovente o confusione o falsità di idee: e nell'argomento in discorso distrae l'attenzione dalla ricerca della ragione, per la quale nasce e sussiste il diritto accessorio del pegno. Essendochè non basta che si dica che una siffatta promessa o patto di obbligazione non dee nascere che quando in processo di tempo l'arbitrio del promissore fosse arrestato coll'avvenimento del fatto posto a condizione, e quindi solo da quel momento avesse a prendere data l'ipoteca accessoria (6); ma si dee francamente confessare che nell'atto della stipulazione quella obbligazione non

(1) Richeri: *iurispr. univ.* vol. 6. § 58. vol. 10. Bruxellius *de condit.* lib. 1. tit. 2, n. 4, Pothier ibid. n. 201. Menoch. lib. 4 præsumpt. 185. num. 10 o 11.

(2) Bartolo e Cujaccio, in Leg. *qui balneum* Dig. *qui potior in pign.* Neguzanzio, *de pign* par. 5. mem. 2, n. 10. Manlica *de tac. et amb.* lib. XI. tit. 25, n. 28. Hotoman, *de pignoribus.* Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 8. def. 1 Richeri, *iurispr. univ.* lib. 3. tit. 11. vol. 9. § 1572. Balduin, *de pignor.* cap. 11. in fine. Zoesio, *in pand. qui potior in pign.* num. 2. Voet, ibid. num. 30. Troplong, *des privileg. et hyp.* num. 474 Cod. civ. Napoleone, art. 1170, 1174.

(3) *Instituì de obligationibus*, in princ Leg. 3, Dig *de obligation*

(4) Così Pomponio nella legg. 8. Dig. *de obligat. et act.*

(5) Giavolene nella legge 108. § 7, Dig. *de verbor. oblig.* Egualmente Paolo nella Leg 46. § ult. e Leg. 132. § 1. Dig. *de verbor. obligat.* e Ulpiano nella legge 45. § 2. Dig *de legatis.* 1. e nella Leg. 17. Dig. *de verbor obligat.* Grenier. hyp. num. 22. Nella materia delle successioni la condizione potestativa non è una vera condizione secondo Gio. Batta. Costa, *tract. de retrotraction* cap. 8. cas. 31, num 12

(6) Bartolo in l. *qui balneum* Neguzant *de pignor.* par. 5, m. 2, n. 10 Balduin. *de pign.* cap 11 in fine

esiste ancora. Essa sarebbe piuttostochè condizionata una obbligazione *futura ex causa de futuro*, e talvolta anche una obbligazione futura *ex causa de præsenti*. All' ermeneutica legale altamente interessa in molti casi di cercare se per avventura nella stipulazione medesima, o nella sua causa precedente non si sia radicato una causa anteriore di quella obbligazione, o qualche altro rapporto giuridico, per guarentire il quale fosse stata necessaria la costituzione del pegno.

Se nella promessa, alla quale fu aggiunta o espressamente o implicitamente quella che si chiamò condizione potestativa per parte del debitore, non si rinviene alcuna causa preesistente della medesima, od alcun altro rapporto giuridico, allora solamente si può conchiudere col dire che non esiste una valida obbligazione, cui possa essere accessoria l' ipoteca: perchè con una simile promessa, secondo Neguzanzio, *non dicitur initus contractus, sed potius habitus tractatus de ineundo*. Allora solamente si potrà invocare, salva una maggior precisione di linguaggio, il principio predicato da Bartolo: *si obligatio conditionalis purificetur retro non trahitur si fuerit conditio potestativa* (1); la qual conclusione è anche desunta da quel luogo ove Africano scrisse: *amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi cœperit,* SI MODO NON EA CONDITIO SIT, QUÆ INVITO DEBITORE IMPLERI NON POSSIT. (2)

L'esempio, che adducemmo per mostrare come può essere stipulata una obbligazione futura (3), può servire a questo caso. E Gajo ce ne somministra un altro, che è il seguente. Tizio concedette un'ipoteca a Mevio in garanzia di quella somma che gli avria richiesto al bisogno. Prima di domandargliela concedette un'altra ipoteca sullo stesso fondo a Sempronio per un vero debito. Sempronio contrastò che l' ipoteca di Mevio fosse valida ed anteriore alla propria: *poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam* (4). E difatti al momento in cui si costitui l'ipoteca, nè l'una nè l'altra parte aveva contratto alcun impegno, ma si era detto semplicemente: *ut si ab eo pecuniam acciperit.* Non ci aveva un debito qualunque: non ci potea quindi essere una valida ipoteca da quel giorno.

Un caso simile ed un' identica decisione ci è porta da Papiniano nella famosa legge *qui dotem* (5), che verremo or ora ad esaminare.

Di questa maniera si può accertare che non v'ha forse un altro principio che sia più di questo accertato in giurisprudenza. Così fu tradotto nell'articolo 1174 del Codice civile francese: « qualunque obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte

(1) Ad Leg. 11. Dig. *qui potiores in pign.* Così Paolo de Castro in leg. *quidam cum filium.* 131. § *filiusfamil.* 1. Dig. *de verbor oblig.*: e tutti i comentatori alla leg. *qui dotem*

(2) Leg. 9. § 1. Dig. *qui potiores in ping*

(3) Leg. 4. Dig. *quæ res pignori.*

(4) Leg. 11. Dig. *qui potiores in pign*

(5) Leg. 1 § 1. Dig. *qui potiores in pign*

di colui ch si è obbligato. » E con queste medesime espressioni passò negli altri Codici d'imitazione francese (1).

E di conseguenza Grenier l'applicava giustamente nel seguente esempio: se avendomi voi promesso cento scudi quando andrete a Parigi, m'avete costituito per quella somma un'ipoteca, questa non avrà rango se non che dal tempo in cui sarete veramente andato colà; perchè solo da quel tempo cominciaste ad essere veramente obbligato (2). Ma non seppe però coll'ugual franchezza e verità decidere in quest'altro caso. Tizio disse a Sempronio: ti darò cento se sposerò mia cugina. Egli è qui evidente che se la cugina avesse la più ardente voglia di maritarsi con Tizio, se questi non vi acconsente, il matrimonio non avviene: e siccome dipende dalla sua volontà che avvenga o no, la condizione aggiunta a quell'obbligo è veramente potestativa per parte del debitore. Ma Grenier ci oppone coll'art. 1171 del Codice civile che quella condizione non sia potestativa, ma *mista*, come quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo; quindi l'obbligazione contratta sotto quella condizione e la ipoteca aggiunta sono valide dall'atto della stipulazione (3). Sia pure, io rispondo, che quella condizione secondo la formula generale di quell'articolo si possa chiamare mista: non concedo però che sia casuale. Ciò che importa di sapere si è, se il promittente con un simile patto si sia obbligato davvero o no; ossia se non dipenda tutto dal suo arbitrio di far si che la condizione avvenga o non avvenga. È egli vero o no che il promissore può riflutarsi al progettato matrimonio? E dal momento che egli può rifiutarsi non è egli vero che è in sua podestà di far si che non si verifichi la condizione? L'art. 1171 arreca una disposizione che non ripugna a quella dell'art. 1174: quella è generale, questa è speciale: quindi non la distrugge, ma solo la limita quanto è giusto. E l'errore della interpretazione di quel dotto giureconsulto sta nel non distinguere la condizione mista dell'arbitrio del *creditore* e del terzo e la condizione mista dell'arbitrio del *debitore* e del terzo: egli ha un'identica decisione per ambedue i casi, comunque diversissimi. Nel caso superiore ebbe torto, perchè trasgrediva la disposizione dell'art. 2174; nel caso seguente ebbe ragione: se Mevio egli dice si fosse obbligato con ipoteca di dare una somma a Tizio quando questi contraesse una società con Sempronio, l'ipoteca starà dall'origine (4): ma perchè? perchè Mevio debitore non potea influire per nulla sull'avvenimento della condizione, sulla stipulazione della società.

**7.** Verificato che l'obbligazione personale, cui sembra riferirsi l'ipoteca, sia affetta dalla condizione potestativa, l'attenzione del giureconsulto non

(1) Art. 1265, Codice albertino; art. 1127, Codice civ. siciliano; art. 1148, Codice parmense; art. 1223, Codice civile estense; art. 371, Codice ticinese.

(2) Traité *des hypothéq.* num. 23

(3) Grenier, hyp. num. 25.

(4) Grenier, loc. cit

deve ancora acquetarsi pronunciandone issofatto la condanna; perchè si possono dare molti casi in cui sotto questa prima apparenza si celi qualche causa che dia la ragione civile all'ipoteca concessa. E comunque Troplong asseveri che il principio or ora esposto basti a disciogliere le difficoltà che si presentano in pratica in riguardo alle obbligazioni condizionali (1), non ci è per questo meno agevole di dimostrare il contrario; ed anzi esibiamo qui cinque casi pratici d'una giornaliera importanza, nei quali tutti si riscontra un' evidente contraddizione tra quel principio della condizione potestativa e l' osservanza contraria della pratica, compresa pure l'autorevole opinione del sig. Troplong che analizzeremo a suo luogo.

La giurisprudenza non tardò ad approvare le prime tre delle seguenti conclusioni:

1.° Un padre promette una somma a titolo di dote per sua figlia, e lo sposo per guarentire la restituzione di essa a tempo debito, costituisce contemporaneamente un'ipoteca; questa è valida dal giorno in cui fu costituita, e prima ancora della numerazione del danaro dotale; comunque il marito, non avendo ricevuto cosa alcuna, non sia debitore, e comunque dipenda da lui di ricevere o di rinunciare alla dote promessa.

2.° Si prende un' ipoteca contro il tutore, il curatore o l' amministratore della sostanza altrui, contro un pubblico funzionario, o chiunque può abusare d' un impiego o d' un affare commessogli; e quest' ipoteca vale dal giorno in cui fu costituita, comunque il tutore, il curatore, il funzionario, l' amministratore non fossero debitori d'una minima somma; e comunque dipendesse da loro d'amministrare con lealtà, in modo da non rimanere mai debitori verso i minori e i mandanti.

3.° Si impiegano capitali ad una scadenza fissa, e pel capitale e per gli interessi che scadranno in avvenire si acconsente un'ipoteca, che è valida dal giorno della sua iscrizione, ancorchè gli interessi futuri non siano ancor maturati, e poteano anche non maturare se il debitore avesse voluto restituire il capitale a tempo debito.

In questi tre casi la pratica non esita un momento a decidere nel senso affermativo: eppure l'obbligazione principale è qui affetta d' una condizione potestativa per parte del debitore. La contraddizione è flagrante. Come si scioglie? Ma vi hanno altri due casi che per la loro novità ridestarono la giurisprudenza moderna e la eccitarono a combinare quella contraddizione in alcun modo decoroso alla sua dignità di scienza.

4.° Nelle ordinarie operazioni di credito bancario, quegli in cui favore fu aperta una partita di credito, può assicurare il credito futuro con ipoteca valida, ancor prima di toccare le somme accreditate.

5.° Nelle istituzioni delle banche di credito fondiario il proprietario

(1) *Des privilég. et hypoth.* num. 476.

impone un' ipoteca sul proprio fondo per acquistare un' azione dalla banca, la qual azione rappresenta il credito reale, e non diviene debito se non coll'effettiva girata in mano de' terzi; eppur l' ipoteca annessa alla cedola ha la prelazione dalla data di essa.

Queste due ultime posizioni non sono diverse dalle precedenti; se v'ha qualche diversità consiste nell'assenso arbitrario che i giureconsulti concedono alle une, e diniegano alle altre. Ma in tutte e cinque quelle ipotesi non si può non ravvisare il conflitto de'due principii opposti: poichè si disse in generale che la condizione potestativa rende nulla l' obbligazione principale e l' ipoteca: in alcuni di questi casi concreti si disse e si deve dire il contrario.

E noi non facciamo divario alcuno, perciocchè le stimiamo cinque identiche quistioni. Però esaminandole ad una ad una, constateremo la contraddizione de' due principii, e ne tenteremo la composizione.

**8.** Nel primo caso dell'ipoteca concessa per la dote non ancora numerata al marito l'osservanza pratica dell'antica e delle moderne legislazioni attesta la verità della nostra asserzione di fatto, che cioè fu sempre considerata come efficace retroattivamente dal giorno in cui fu costituita. Per accertare questo fatto cominciamo dalle leggi moderne.

Il Codice Napoleone nell'articolo 2135, 2.° alinea, concede l'ipoteca legale occulta a vantaggio delle mogli, per ragione della loro dote e convenzioni matrimoniali, *da computarsi dal giorno del loro matrimonio.* Questa disposizione è ripetuta negli articoli 2194 e 2195 dello stesso Codice, ed è ricopiata alla lettera negli articoli 2021, 2094 e 2096 del Codice civile delle due Sicilie. Ella però non rende esattamente la bisogna legislativa, perchè il matrimonio se è causa dell'ipoteca in quanto è occulta e legale, non è però causa della dote e quindi dell'ipoteca che l'assicura; epperciò questa prenderebbe origine prima del contratto di dote, prima del debito dotale, se il contratto fosse anteriore alla celebrazione delle nozze. Quindi da una parte si mutilò il contratto di dote nel caso che fosse anteriore al matrimonio, quantunque ciò si facesse per lo specioso pretesto che questo contrattò non è veramente dotale, e perciò immeritevole di questo privilegio, quando non fosse ancora consacrato dalle nozze (1); da un'altra parte si diè al matrimonio un effetto civile come fosse per se medesimo l'atto per cui si costituisce la dote, cosa stranissima; e finalmente si consacrò la tesi di fatto che vogliamo constatare, che cioè si diè effetto all'ipoteca legale anche nel caso che dato il contratto di dote non fosse ancora seguita la numerazione del danaro dotale (2). Quest'ultima conclusione fu adottata nettamente nell'articolo 2173

(1) Persil, Régim. hyp. art. 2135. § 2, num. 2. Grenier, hypoth. n. 253. Pensano il contrario: Tarrible, Repert. v. Inscripl. hypoth § 3, n. 8; Troplong, des priv. et hyp. num. 579-584, bis.

(2) Grenier, hypotheques, num 253, lo dice espressamente.

del Codice civile di Parma, ove si legge: *l'ipoteca legale sui beni del marito nasce dal momento della costituzione della dote, ancorchè il pagamento ne sia eseguito posteriormente.* Lo stesso si legge nell'articolo 64 del regolamento ipotecario di Toscana, ove si accorda l'ipoteca generale per la dote costituita avanti la dazione dell'anello *dal dì della costituzione* della dote medesima. Così nell'articolo 2170 del Codice Albertino: l'ipoteca legale della moglie per la dote ha luogo sui beni del marito *dal momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente.* Ed egualmente nell'articolo 1151 del Codice civile del Canton Ticino: l'ipoteca legale sui beni del marito *comincia dal momento in cui la dote costituita è da lui accettata, ancorchè il pagamento ne sia seguito posteriormente.* E non ometteremo da ultimo l'articolo 2163 del Codice civile Estense, per il quale questa ipoteca legale ha luogo sui beni del marito *dal momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente.*

Ora possiamo domandare al Sig. Troplong, come potrebbe egli giustificare la disposizione positiva della sua legge, e la sua precisa opinione, che questa ipoteca legale cominci dal giorno del contratto di dote, o almeno prima dell'effettiva numerazione del danaro dotale (1)? Forse che egli non vede quello che vidde benissimo Grenier, quando dubitava se questa ipoteca dovesse rimontare al giorno del matrimonio, o solamente a quello del pagamento, per la ragione che il debito dotale era potestativo, ossia dipendeva dal marito di toccare alla somma promessa (2)? Non ci ha qui nel debito futuro del marito una condizione potestativa? E col dire che questa condizione annulla il debito e l'ipoteca, e col soggiungere che questa dottrina basta a sciogliere tutte le difficoltà pratiche (3), desidereremmo sapere come scioglierebbe il primo e i seguenti dei cinque esempii che abbiamo proposti. Ma riguardo al caso di che parliamo forse egli non sospetta neppure che contenga alcuna delle difficoltà che egli per ogni buon conto s'imaginava. Egli dice colla massima sicurezza che il debito maritale e l'ipoteca accessoria cominciano dal giorno del contratto dotale, ma non sospetta che questo debito prima della numerazione del danaro saria viziato da quella mortale condizione. Avrebbe forse egli in pronto un'altra dottrina per questo caso? Noi nol sappiamo. E se pur l'avesse, allora non potrebbe salvarsi dalla contraddizione manifesta dell'aver detto in un luogo che la teorica della condizione potestativa bastasse per ogni specie d'imbrogli. O forse niegherebbe che questa obbligazione del marito sia potestativa? Egli pure nol dice: nè il potrebbe dire, perchè è abbastanza ovvio che il marito può rinunciare a' suoi diritti, può non esigere la dote: Grenier lo disse, nè v'ha legge che lo proibisca. Eppure Troplong conchiudendo che l'ipoteca dotale vale dal dì del contratto, non negando che l'ob-

(1) Des priv. et hyp. num. 579 581. bis

(2) Grenier, hyp. num. 233

(3) Des priv. et hyp. num. 476

bligazione assicurata prima della numerazione del danaro sià potestativa e dicendo che questa in genere rende vana qualsiasi obbligazione, e sostenendo che quella del marito vale dal dì della promessa, ci venne a conchiudere di sì, in virtù d'un principio che dice di no. Qual genere di dimostrazione è mai questa, che ha per dialettica la contraddizione?

La vera ragione di ciò secondo che dissimo consiste in questo, che ordinariamente i giureconsulti non si curano gran fatto di sistemare le particolari loro conclusioni: la scienza si tratta a spizzico, e loro non importa che i particolari errino alla ventura: purchè tra gli uni e gli altri ci sia un qualche centinajo di pagine, ogni contraddizione sfugge; anzi si assodano, si collegano, non per altro nesso che per la imponenza e l'autorità del nome dello scrittore.

Ma questa autorità, e la riverenza che merita, non ci può impedire di constatare come una vera contraddizione esista in questo caso, cioè tra la legge posiliva che consacra l'ipoteca dal momento che è aggiunta all'obbligazione dotale del marito, e prima dell'esborso del danaro promesso, e il principio pur vero in sè medesimo che un'obbligazione potestativa per parte del debitore è un controsenso, e una pretta negazione.

Qual è la ragione che possa appianare questa antinomia? Noi la vedremo nell'analisi delle leggi antiche.

**9.** Ma prima di tentarne la soluzione vediamo se la stessa antinomia si riscontri negli altri quattro casi che abbiamo proposti.

Abbiamo detto dell'ipoteca presa contro i tutori, curatori e amministratori per causa d'un debito futuro e potestativo. La giurisprudenza francese ce ne offre un bel esempio nell'ipoteca legale del minorenne; la quale, secondo le letterali espressioni dell'articolo 2135, 1.° alinea del Codice Napoleone, comincia *dal giorno in cui fu accettata la tutela*. Egualmente dispone il Codice civile siciliano nell'articolo 2021, ed il Codice Albertino nell'articolo 2174; il quale anzi nell'articolo 2169 attribuisce alle comunità, corporazioni e stabilimenti pubblici un'ipoteca legale sui beni dei tesorieri, percettori e amministratori, *la quale daterà dal giorno della nomina di essi, o dalla approvazione di questa, qualora la nomina vi fosse soggetta*. Nel Codice parmense all'articolo 2188 si ingiunge al cancelliere del pretore di notificare l'ipoteca legale del minore nel termine di venti giorni dopo quello in cui venne conferita la tutela: il che prova che si vuole efficace l'ipoteca prima che si verifichi alcun debito in causa della gestione. Così nel regolamento ipotecario di Romagna s'ingiunge l'inscrizione dell'ipoteca legale dei minori e degli interdetti agli stessi tutori, curatori e amministratori *allorchè assumeranno la tutela, la cura e l'amministrazione*. Nel regolamento ipotecario di Toscana nell'articolo 64, si accorda l'ipoteca legale ai minori e agli interdetti *dal giorno dell'accettazione della tutela e della cura per i crediti risultanti*

*dalla gestione* dei tutori e curatori; e si accorda pure l'istessa ipoteca alla causa pia sui beni dei rispettivi amministratori, e dei beneficiati per le riparazioni trascurate, e per tutti i danni operati a pregiudizio della medesima *dal dì dell'assunta amministrazione, e del possesso:* così delle ipoteche del governo, delle comunità o di qualunque azienda pubblica contro i loro impiegati. Quest'ultimo genere d'ipoteche, anche secondo l'articolo 2169 del Codice estense vale *dal giorno della nomina o da quello della successiva superiore approvazione*, ove questa è necessaria.

Anche in questo caso ravvisiamo consacrato dalla pratica un principio perfettamente opposto a quello dell'invalidità dell'obbligazione e quindi dell'ipoteca per causa della condizione potestativa per parte del debitore. E questa antinomia non può essere più evidente, a meno che si supponga nel tutore, o in qualunque altro gerente degli affari altrui, una cotal fatalità e predestinazione, per cui si potesse dire che gli abusi della successiva amministrazione si intendessero come commessi fin dal principio: il che non si vorrà neanco imaginare dagli uomini d'intelletto sano. Bisogna dunque confessare la realtà di questa seconda antinomia; la quale è d'altronde accettata in pratica ad occhi chiusi: nè il Troplong è in ciò diverso dagli altri: ma vi passa oltre come su cosa nettissima e certissima; contento d'avere stabilito, che questa ipoteca prende nascimento dal giorno dell'accettazione della tutela (perchè non altrimenti prescrive l'articolo 2135 del suo Codice civile), non già dal giorno della resa dei conti, sebbene d'allora soltanto si possa sapere se vi sia un debito, nè dal giorno in cui il tutore ha cominciato ad amministrare; ma dal giorno in cui accettò la tutela, il che è conforme, soggiunge, alla legge 20 del Codice, *de administrat. tutor.*, ed all'opinione di Fabro e di Basnage (1). Ma se questo bastava al comentatore di un dato articolo, non bastava a chi volesse cercare la ragione scientifica di siffatta garanzia; e tanto meno poi bastava per assestare quella disposizione colle altre sue vedute sulla esorbitante virtù negativa della condizione potestativa.

Accusammo la stessa antinomia pratica nel terzo caso degli interessi di mora, che possono scadere in tempo futuro sul capitale ipotecato. Nessuno nemmanco in questo caso vorrà dubitare che il debitore, quando sia appena geloso de'suoi impegni, possa soventi volte restituire il capitale alla scadenza, e quindi impedire colla propria volontà l'assunzione di quel nuovo debito. Eppure nessuno dubitò finora che l'ipoteca convenuta per questa causa futura e potestativa non tenesse come qualsivoglia altro valido diritto. Se non altro abbiamo la gravissima testimonianza di Neguzanzio, in questo che dice: *non obstat quod ex quo est in potestate debitoris quod usuræ non debeantur, si solveret sortem quod non debeat conditio trahi retro . . .; quia ista decisio habet locum in sorte, et in prin-*

(1) Troplong, des priv. et hyp. num. 428. Vedasi anche la legge 6 § ult. Cod. *de bonis quæ liberis*. E pel diritto austriaco Carozzi, giurisprudenza, cap 2, n 22, del tom. 10 Mattei, al § 430, num. 9.

*cipali debito... sed eo contracto, non spectatur in usuris, an fuerit in potestate debitoris in illas incidere, vel non, sed in illis omnino conditio hypothecæ retro trahitur ad diem obligationis* (1). Dunque si può dire che gli interessi di mora sieno un debito futuro affatto, ma dipendente dalla volontà futura del debitore: e che ad onta di ciò si possono assicurare previamente con una valida ipoteca (2).

Fin qui la pratica non s'adombrava pur tanto di queste contraddizioni: ma si commosse e s'agitò con uno scalpore grandissimo quando le si posero le ultime due delle cinque tesi da noi radunate.

Già vedemmo nell'introduzione (3) cosa opponesse Troplong alla legge del messidoro, e con essa a tutte le società destinate a creare la così detta *ipoteca sopra se medesimo, ipoteca cedolare, o lettera di pegno.* Egli diceva, giova ripetere le sue parole, « quella legge permetteva di prendere ipoteca sopra se medesimo, vale a dire prima che il proprietario avesse contratto alcun debito verso i terzi. Non era più l'ipoteca ordinaria come è intesa da tutto il mondo, che si aggiunge ad una obbligazione preesistente per guarentirla. L'ipoteca precedeva il debito: avea origine prima del bisogno, e per conseguenza lo destava, lo stimolava, ed esagerava all'eccesso (4) ».

In questa tesi, che è la quinta fra quelle che abbiamo proposte, Troplong applicherebbe senz'ambagi quel suo specifico della condizione potestativa; e con esso conchiude risolutamente per l'invalidità giuridica dell'ipoteca cedolare, cioè quella che il proprietario prenderebbe, secondo la legge del messidoro, dalle mani del conservatore, e secondo i sistemi germanici dalle società di credito fondiario. Eppure nell'ordine dei fatti e dell'autorità positiva egli è contraddetto da tutta la storia moderna delle instituzioni di credito fondiario, e quindi dalle legislazioni non solo di Germania, ma dello stesso suo paese, ove quelle società vennero non che tollerate, organizzate e caldamente protette. Risponderebbe egli che esse sono una rovina? Ma i Governi e gli economisti tutti continuerebbero a fare, perchè ci trovano il loro tornaconto, e il pubblico che conosce i suoi interessi, e ne è giudice inappellabile, approva le loro vedute e concorre con fiducia alla loro attuazione. La contraddizione è dunque reale e palmare. Epperciò non è forse cosa più spedita quella di confessare la verità contraria dei fatti, e attribuire la contraddizione apparente a quest'unica causa che la nostra ignoranza non seppe appianarla con un principio superiore? Il Signor Troplong rispettò pure le prime due antinomie delle ipoteche della dote e della tutela; epperchè non rispetterà quest'ultima? Diciamo che la debba rispettare, perchè non si prese un grave fastidio per iscioglierla: e non avendo potuto o voluto scioglierla, dovea conservare intatti i suoi termini in tutte e cinque le tesi proposte, colla rispettiva antitesi della condizione potestativa.

(1) Negusanti *de pign.* par. 5. m. 1 n. 15
(2) Vedasi il nostro § XLVI, n. 2
(3) Num. XVII. XVIII
(4) Troplong. vente, num 906

Ma quell'opposizione di Troplong all'ipoteca cedolare è piuttosto un'inconsiderata antipatia, che non una conseguenza di idee solide e mature nella riflessione, come vedremo in appresso.

**10.** Non è però solo da oggi che la giuridica è travagliata da queste contraddizioni, senza saperne nettamente formulare la ragione conciliatrice. Ella rimonta sino a Papiniano, che pel primo avria stabilita la prima delle tesi che abbiamo superiormente proposte, quella cioè che si riferisce alla validità dell'ipoteca assicuratrice della dote non numerata. Quel sommo giureconsulto la trattò con quella larghezza e sicurezza che era famigliare al suo genio; ma il suo responso ebbe la disgrazia di passare per le mani dell' infinito numero de' posteriori giureconsulti, senza ottenere gli onori che meritava. Perchè il maggior numero lo interpretò proprio al rovescio, alcuni lo fraintesero, qualcheduno se ne fè capace, ma in modo così parziale, e con sì poca attenzione che non seppe erogarla alla dignità di principio, anzi dimenticollo tosto che gli fosse capitata l'occasione di applicarla. Noi intendiamo qui di parlare della famosa legge *qui dotem*, che è la prima del titolo *qui potiores in pignore*, dei Digesti.

***Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit. Subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem pignori alii dedit; mox residuæ quantitatis numeratio impleta est: quærebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis. Nec probe dici potest in potestate ejus esse ne pecuniam residuam redderet: ut minus dotata mulier esse videatur. — §. 1. Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certam numerasset: ac forte priusquam numeraret, alii res pignori data est.***

Un padre costituì in dote a sua figlia il capitale di lire 30,000. Lo sposo diègli un ipoteca per guarentire la restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio; ma dopo aver ricevuto un primo acconto, accordò l'ipoteca sullo stesso fondo ad un altro creditore. In seguito esigette dallo suocero la restante somma della dote. — Divenuto poscia insolvente il marito, il secondo creditore insorse contro il suocero, contrastando che l'ipoteca per quella parte di dote, che avea pagata al marito dopo l' ipoteca di esso opponente, potesse avere un' efficacia reale dall'origine, e quindi fosse preferibile alla sua propria. E sostenea questa sua opposizione dicendo, che l'ipoteca della residua somma dotale non potea nascere se non quando il marito l' avesse effettivamente esatta; ma che prima dell'esazione non ci avea nè debito nè credito, quindi non ci potea essere una qualunque ipoteca. Ma già il Prefetto avea risposto: ***cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem is qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed***

*dies contractæ obligationis*. Siccome il suocero per aver promessa e costituita la dote potea essere costretto a pagarla per intero, non si può dire che l'ipoteca concessa per la garanzia della restituzione non sia stata valida dall'origine, dal tempo in cui fu contratta. Questo caso è ben diverso soggiunge Papiniano, da quello in cui quegli che accettò l'ipoteca non si fosse obbligato precisamente a dare il danaro: nel qual caso si può dire veramente che non ci avea nessun rapporto giuridico, quindi non ci potea essere una garanzia, un'ipoteca. Ma nel caso proposto, il suocero creditore era obbligato a dare la residua somma della dote: un contratto valido ci fu, obbligatorio per ambe le parti: l'ipoteca accedette a qualche cosa: epperciò *non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis*.

Però non dissimuliamo a noi stessi che il caso proposto è difficile a spiegare, e che la soluzione di Papiniano non è abbastanza evidente. Imperocchè per se stessa può dar luogo alle seguenti obbiezioni.

Qui non importa di cercare, dirà taluno, se il suocero sia o non sia obbligato a pagare tutta la dote promessa: questo è abbastanza ovvio, ma non conclude. È abbastanza ovvio, perchè questa sua obbligazione è dedotta in contratto, e non facea mestieri che Papiniano il dicesse, e soggiungesse: *nec probe dici potest in potestate ejus esse ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur*. Ma non conclude affatto alla proposta tesi, perchè qui si cerca della validità dell'obbligazione del marito, non già di quella del suocero; si cerca della validità dell'ipoteca, e questa si vuole e si intende per aggiunta all'obbligazione del marito, e non a quella del suocero. Lo scambio e l'equivoco di quel sommo giureconsulto non può essere più evidente. La sua decisione è dunque inattendibile.

Che se pure fosse sembrata a Papiniano come concludente quell'avvertenza, noi non la vediamo egualmente: imperocchè non ci sembra che abbia virtù di superare quell'eccezione per cui si oppone che il marito prima della numerazione della residua somma non era debitore di essa, e dipendeva da lui di riceverla o non riceverla, di divenire o non divenire debitore.

Tuttavia queste obbiezioni si possono sventare quando si cerchi ben addentro nell'intenzione di quel giureconsulto, e si analizzi la natura speciale di questo genere di rapporti creditorii.

Ed io spero che la spiegazione che io ne darò non sarà per riescire più malagevole del testo. Però prima di dire la mia opinione debbo passare in rivista le altrui.

**11.** I Giureconsulti che comentarono quella legge diedero fuori tre specie di opinioni.

Colla prima diedero ragione al principio dell'efficacia negativa dell'obbligazione potestativa per parte del debitore, ma niegarono che nel caso

proposto da Papiniano il debito futuro del marito fosse affetto da una simile condizione: la qual opinione se pure fosse attendibile nel caso concreto non scioglierebbe le difficoltà che s' affacciano nelle seguenti quistioni che noi abbiamo proposte. Ma ella è del tutto falsa. Odofredo, antico professore di Bologna, fu il primo ad accamparla. Dopo aver posto per massima generale; *tempus solutionis inspicitur quando in potestate debitoris est pecuniam non recipere, quando non est in potestate tempus obligationis contractæ inspicitur;* venendo a parlare del marito, e propostasi la obbiezione: *imo fuit in potestate ejus accipere*: rispose che no; *quod si hoc faceret, resupine faceret cum sustineret onera matrimonii . . . et ea possumus quæ commode possumus* (1).

E che si dirà adunque del debito futuro del tutore e dell'amministratore? Non sarà loro egualmente commodo di appropriarsi la sostanza amministrata? Oppure si dirà che non possono amministrare rettamente? Qui non si domanda se il ricevere danaro sia cosa commoda o prudente, ma se possa o non possa non riceverla per sua libera volontà.

Lo stesso sotterfugio è adoperato dalla Glossa, ove dice con Viviano: *neque est in viri potestate utrum velit accipere dotem vel non: et sic neque restituere: quod si esset, relinqueretur mulier indotata: quod esse non potest.* (2) E prima ancora era stata accreditata da Azone dove disse: *commode ideo dixi, quia si pignus obligasti mulieri pro dote, quam eras accepturus, licet in potestate tua sit non accipere dotem, et ita non esset obligatum pignus, quia tamen non commode posses retinere matrimonium sine emolumento dotis, perinde habetur ac si cum effectu obbligatum sit pignus mulieri, et ideo ipsa præfertur secundo* (3).

Bartolo adottò l' identica opinione conchiudendo colle stesse parole di Odofredo: *vir non potest hoc commode, quia sic mulier remaneret indotata* (4). Eppure egli avea combattuto quest'ultimo argomento; e non era difficile, perchè chi è obbligato a dotare la moglie non è il marito: egli è obbligato a conservarla quando ricevuta l'avesse, non già è costretto a riceverla. Nè concludono in contrario le leggi allegate a sostegno di quell' opinione: perciocchè gli è vero che il marito in qualche caso saria obbligato ad esigere la dote dallo suocero, *ne mulier minus dotata esse videatur*: cioè in quel caso in cui si cercherebbe con Giuliano: *si promissor solvendo esse desisset, quæreremus an culpa mariti ea pecunia exacta non esset* (5). Ma quest'obbligo non era preciso, nè il marito restava debitore della dote non numerata verso la moglie in ogni caso; perchè il G. C. disse che fosse tenuto solo della colpa, come risponde in un altro luogo (6). E diffatti essendo egli per la podestà maritale il legittimo procu-

(1) Odofredo, in secunda Dig. part. in tit. *qui potiores in pignor.*

(2) In Leg. *qui dotem.*

(3) Azone, *Summa Cod. qui potiores in pignore*, num. 5.

(4) In dict. Leg. *qui dotem.*

(5) Leg. 49. Dig. *de jure dotium.*

(6) Leg. 30 § 1, Dig. *soluto matrimonio*

ratore della moglie, doveva provvedere al di lei interesse. Ma quando non fosse colpevole della ritardata esazione, sarebbe egli debitore della dote? Le leggi allegate da quegli interpreti l'escludono affatto. Anzi Paolo direbbe che egli non sarebbe tenuto che a cedere le sue azioni alla moglie divorziata: *aut exactam dotem, aut actiones ei præstare.* (1). Dunque l'ipoteca ch'egli avesse conceduto allo suocero non è per quella qualunque obbligazione che egli avesse di esigere la dote, perchè in confronto allo suocero era meglio diritto che obbligazione; perchè in tal caso dovea piuttosto richiederla allo suocero che n'era debitore; ma la concedette per l'obbligazione di restituirla quando ricevuta l'avesse: *hypothecam de restituenda sibi dote accepit,* disse Papiniano.

Quella spiegazione dunque era piuttosto una scappatoja che non una vera ragione, la quale ravvicinasse i due termini contradditorj; e se pur fosse stata plausibile nel caso speciale, nei rapporti speciali del marito collo suocero e la moglie, non saria bastata per spiegare le altre quattro tesi dei debiti d'amministrazione, degli interessi di mora ec. Poichè in questi casi non si saria potuto dire che il tutore fosse obbligato a manomettere la sostanza del minore, l'amministratore quella dell'amministrato, il debitore a non restituire il capitale alla scadenza, il proprietario ad esigere e girare le lettere di pegno.

Eppure la maggioranza dei trattatisti s'accomodò a tutto agio sopra quella interpretazione.

Quell'esaltissimo Vincenzo de-Franchi dopo aver passate in rassegna le opinioni de'migliori trattatisti, conchiude egli pure: che quella legge sia fondata *ea ratione quia maritus cogitur causative pecuniam dotis recipere; et succedit regula, quod quando quis cogitur ex necessitate recipere, etiam quod sit conditio potestativa, trahitur ad tempus promissionis* ... e continua ... *quia licet sit in potestate mariti non accipere residuum dotis promissæ, non tamen hoc potest commode facere* (2).

E il nostro Neguzanzio che ordinò il diritto ipotecario sui materiali elaborati dalla scuola di Bartolo, con una scrupolosa e finissima diligenza e con molta spontaneità di giudizio, in quest'argomento non solo copiava alla cieca questa stessa opinione: ma la voleva estendere a tutti i casi; *et licet ille textus loquitur in dote, tamen habet locum in quocumque alio debito, in quo habet locum dicta ratio, scilicet an implementum contractus consistat in voluntate, an in necessitate debitoris* (3).

Ma noi appunto la combattiamo anche per questo riguardo, e con maggior sicurezza; perchè limitandoci anche alla seconda tesi dell'ipoteca del minore e dell'amministrato, cui pure resiste la condizione potestativa per parte del tutore e dell'amministratore, è pur certissimo che quell'ipoteca vale dal giorno della suscetta gestione e prima che si verifichi alcun de-

(1) Leg. 44. § 1. Dig. *soluto matrim.*

(2) Vincent De Franchis decis, 677, num. 6.

(3) Neguzant, de pignor par 2. mem. 4 num. 77.

bito. E lo stesso Neguzanzio che lo dice poche linee addietro (1), e prima e dopo di lui era stabilito concordemente nei testi di legge e nell' opinione della pratica (2).

Se questi valenti giureconsulti fallarono, non è meraviglia se molti altri tenessero la stessa via. Veggasi Mercuriale Merlino (3), il cardinal Mantica (4) e Ansaldo (5) tra i nostrali: e tra i forastieri Brunneman (6), Bacovio (7), Bruxellio (8), Voet (9), Donnau (10), Pothier (11), Merlin (12) Grenier (13) e Troplong (14), il quale pone l'ultimo suggello con queste parole: « quanto alla legge *qui dotem* . . il debitore dell'ipoteca, sulla validità della quale dovea rispondere Papiniano, era obbligato *formalmente* e senza condizione potestativa a ricevere la dote per la quale avea promessa l'ipoteca. » Gli antichi aveano detto con molta titubanza che il marito fosse obbligato indirettamente, ma col più moderno giureconsulto francese quell' obbligazione diventò precisa, formale. È a questo modo che anche la giurisprudenza *crescit eundo*!

L'erroneità di questa interpretazione fu sentita da molti altri giureconsulti: i quali però, non sapendo trovare la vera ragione conciliatrice dell'antinomia, ricorsero al facile espediente di qualificare la dispositiva di quella legge come uno fra i molti privilegi della dote; il che tornava comodissimo; e non era meraviglia, perchè troppo volgare era quel ripiego di ricorrere alle eccezioni, quando non si avea in pronto o costava troppa fatica la ricerca di una ragione superiore.

Così Cino, che è pur meritamente celebrato come gravissimo giureconsulto, parlando di questa legge e del principio, per cui s'intende priore chi per il primo diè il danaro del debito, declinava ogni quistione dicendo: *confiteor in aliis, tamen in dote secus est* (15). E per via non dissimile passano Guglielmo Durante (16) e Saliceto (17) e Gomezio (18). E come privilegio specialissimo alla dote la spiegano Baldo Novello (19), Cu-

(1) Id. ibid. num. 12, e 17.

(2) Leg. 20, Cod. *de administr. tutor*. Leg. 6. § ult. Cod. *de bonis quæ liberis*. Glossa in Leg. *qui dotem*. Montano, *de tutelis*. cap. 31, *effect*. 2, n. 20, e segg. Costa, *de retrotractione*, cap 8, casus. 31, num. 7. Bachovio, *de pignor*. lib. 1, cap. 9, num. 5.

(3) M. Merlin, *de pignor*, lib. 3. tit. 2, quæ 74, num. 1, lib. 4, tit. 1. quæ. 22.

(4) Mantica, *de tacit. et amb. convent.* lib. 14 tit. 46, n. 20.

(5) Ansaldo, *de commercio*, disc. 69, n. 32, 33.

(6) Brunneman. Coment. in Leg. *qui dotem*.

(7) Bachov. *de pignor*. libro 1, capitolo 9. num. 12.

(8) Bruxell. *de condition*. lib. 2, tit. 3. num. 16.

(9) Voet, in pand. *qui potior in pignor*. num. 30.

(10) Donell. *de pignor*. cap. 12.

(11) Pothier, *pand. riord*. tit. *qui potior. in pign*. n. 2.

(12) Merlin, Repert. V. hypothéq. Sect. 1. § 4, n. 1.

(13) Grenier, hypoth. num. 26.

(14) Troplong, des priv. et hyp. num. 479.

(15) Cynus. in Leg. *cum tibi*, num. 1. Cod. *qui potior. in pignor*.

(16) Durant. *specul. jur*. lib. 4. par. 3. § 1, num. 49. vers. *sed pone contraxi*.

(17) Salyceto, in Leg. *cum tibi*. Cod. *qui potiores*.

(18) Gomez. in Leg. 51. Tauri num. 38.

(19) Bald. nov. *de dotis privileg*. par. 8. special. 23.

tello (1), Urceolo (2), Graziano (3), Antonello (4), Grivello (5), Molfesio (6), Fontanella (7) e il Bossi nel suo trattato *de dote* (8).

**12.** Però nella giurisprudenza italiana antica non mancarono eletti giureconsulti che tentarono d'elevarsi alla ricerca della sintesi conciliatrice di queste antinomie. Baldo Ubaldo perugino acutissimo interprete fu il primo a distinguere la diversità dei rapporti creditorii che esistono nel caso del contratto di dote, dagli altri ove non ci avesse veramente che un'obbligazione invalida per la condizione potestativa. Nella prima lettura sopra la legge *qui dotem* avea detto: *numeratio necessaria retrotrahitur, et hypothecam a principio conventam facit præponderare hypothecæ in medio constitutæ*. Colle quali parole rendea esattamente la ragione del testo, non però l'approfondiva da ricavarne il vero principio vincitore dell'antitesi. Nella seconda lezione progrediva: *Nota ex hoc notabili textu notabilem distinctionem: qua siquidem implementum contractus sequitur ex necessitate, debet inspici dies celebrati contractus. Si vero implementum contractus sequitur ex voluntate, tunc debet inspici dies implementi, et non dies celebrati contractus* (9).

Nemmeno con questa avvertenza perveniva alla vera induzione; imperocchè doveasi cercare un principio generale applicabile a tutte le consimili antinomie, ed un principio la cui percezione fosse ovvia ed evidente. Ma col dire che la numerazione futura o l'adempimento del contratto dovesse essere necessario, non scioglieva l'antitesi, non eliminava l'obbiezione che il debito futuro fosse potestativo, e quindi inesistente quando si stipulava l'ipoteca. E non avrebbe inoltre potuto spiegare il caso dell'ipoteca pei debiti futuri della gestione, i quali si contraggono contro voglia degli amministrati, e senza che questi abbiano una necessità giuridica di farli nascere; nè si dilucidavano gli altri casi in cui il debito futuro potea nascere non per causa di contratto, ma per quella dei fatti o delle ommissioni.

Pure questo commento ajutava nel cammino dell'induzione, in ciò che nell'analisi di questi speciali rapporti creditorii, trovava qualche cosa a scoprire, assegnando a questo debito futuro e potestativo per parte del debitore una *causa de præsenti*, una necessità più generale, un contratto obbligatorio pel creditore: la quale cosa, ove fosse stata convenientemente approfondita, potea condurre a scovrire quel principio superiore che vincesse il principio della condizione potestativa.

(1) Cutell. *de donation* tom. 2. disc. 1. special. 13, num. 6-11.

(2) Urceolo, *consultat. forens.* tom. 1, cap. 1 num. 47.

(3) Gratian. *disceptat. for.* 964. num. 14.

(4) Antonello, *de tempore legali*. lib. 1. cap. 62. n. 10-12.

(5) Grivel. *decis. dolana* 135. per tot

(6) Molfes. in consuet. Neapol. par. 6. *de jure dotium*. quæ 3, n. 16.

(7) Fontanell. *de pactis nuptial.* clausole 7. gloss. 2. par. 1. num. 27-36.

(8) Bossi, de dote, cap. 2. num. 112.

(9) Comenta in II. Dig. *veter. partem*. Venezia 1599. in leg. *qui dotem*, e nel comento alle leg. *cum. oportet*. § *sed cum tacitas*. Cod. *de bonis quæ liberis*.

Saliceto (1), Fulgosio (2) e più tardi Dionigi Gottofredo adottarono questa superfitiale spiegazione: *igitur cum ab initio statim cogi potuerit* (a pagare la dote), *diem contractæ obligationis non solutionum observabimus. Ubi numeratio necessaria est, ab initio contractus, ut hic; ubi vero voluntaria, numerationis tempus spectamus. Numeratio posterior necessaria trahitur retro: et hypothecam ab initio constitutam potiorem facit hypothecâ in medio, seu inter duas numerationes constituta* (3).

Anche Neguzanzio avea preso ad imprestito la distinzione di Baldo, ma non se l'era appropriata, e non l'avea spinta quant'era d'uopo nella profondità e alla generalità pratica della quistione. In riguardo alla nostra terza tesi dell'ipoteca aggiunta ai futuri interessi di mora avea pure con Baldo inculcato *quod inspicitur initium unde aliquid evenire potest* (4), ossia che si debba guardare se al tempo in cui fu costituita l'ipoteca vi fosse stata una causa giuridica dalla quale nascesse il diritto del creditore e l'obbligazione futura potestativa del debitore, com' egli stesso avea detto in un altro luogo: *dum ergo dicitur quod obligatio hypothecaria non ante principalem obligationem oritur, suppleri debet* VEL ANTE CONTRACTUM CELEBRATUM, *ex quo postea oritur ipsa principalis obligatio; et ista videtur melior intelligentia, et magis ex mente juris procedens* (5). E di conseguenza conchiudeva: *concluditur ergo quod vera est decisio quod hypotheca non potest constitui nisi præcedat contractus validus et aptus ad obligationem producendam* (6).

Ma questa spiegazione non è chiarissima, perchè ci dà una ragion formale della differenza, non una ragion sostanziale ed obbiettiva; perchè lascia ancora senza risposta le domande seguenti: perchè l'ipoteca si deve intendere per aggiunta ad un contratto, dal quale propriamente non scaturisce l'obbligazione futura, come quella invece che dipende dal libero volere del promissore? perchè l'ipoteca si deve intendere per aggiunta ad un contratto anzichè al debito del promissore di una data somma, di una data cosa, che potea anche non essere accettata da lui? Questa ragion formale poi era insufficiente a spiegare tutte cinque le tesi che abbiamo proposte, perchè specialmente nel caso dell'ipoteca legale del tutore e dell'amministratore non esclude che la tutela e la gestione siano state assunte dal tutore o dal gestore in via di fatto, e non già con un contratto formale. Ma anche fatta astrazione da quest'ultimo riguardo, si può riconvincere Neguzanzio che lui stesso non si fosse capacitato con bastante chiarezza e penetrazione del principio che insegnava; poichè egli stesso non seppe applicarlo a dovere nelle occasioni che gli capitarono, e specialmente nel caso dell'ipoteca accessoria alla dote non numerata.

(1) Salyceto, in leg. *qui dotem*, et in leg. penult. Dig, *quæ res pignor.*

(2) Fulgosio, in d. leg. penult.

(3) Dyon. Gothofr. in d. leg. *qui dotem.*

(4) Neguzant. *de pignor.* par. 3. mem. 4, n. 15.

(5) Neguzant. *de pignor.* par. 3, mem. 4, num. 11.

(6) Ibidem. num. 12,

Egli dovea conchiudere che ella avesse effetto retroattivo al dì della convenzione dotale; eppure ei volle che cominciasse, così come vollero poscia i francesi, dal dì delle nozze: *ut expressa hypotheca trahatur ad tempus promissionis dotis, requiritur quod promissio sit facta tempore matrimonii contracti, vel post matrimonium; si enim esset facta ante matrimonium, hypotheca non posset trahi ad tempus promissionis, sed solum ad tempus matrimonii: et ratio est, quia licet dos sit promissa ante contractum matrimonium: tamen tunc non est proprie dos* (1). Dunque non è più il principio del contratto come causa dell'obbligazione futura; ma la natura speciale della dote che avrebbe dato luogo nella legge *qui dotem* ad un nuovo privilegio. Ricadeva adunque nell'erronea interpretazione di Cino e di Durante.

Questa medesima oscillazione di giudizio si riscontra in altri giureconsulti. Gaspare Antonio Tesauro esordisce pur egli colla distinzione di Baldo: *Quia,* dice nel primo caso della semplice condizione potestativa, *quia pignus ab initio non tenuit, propterea quod solvi potuit nuda voluntate debitoris non accipiendo pecuniam*, VEL CREDITORIS NON NUMERANDO (2). Ma neppure il giureconsulto torinese avea lucide le idee in questo proposito; perchè parlando del primo caso soggiungeva: *sed ego dico solius debitoris personam leges considerasse, quia si vellet debitor accipere, posset cogere creditorem promittentem pecuniam ad factum præstandum* (3). No, questo non è il caso ove ci ha una semplice condizione potestativa; se il creditore fosse obbligato pel contratto a dare il danaro, saressimo nel caso della legge *qui dotem,* ci sarebbe un rapporto creditorio fin dall'origine, sarebbe valida fin d'allora l'ipoteca, perchè come disse Papiniano, *ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur* (4). Ed anche nel secondo caso errava Tesauro dicendo: *aut vero contractus est ita perfectus, ut non possit debitor* (e dovea aggiungere, anzi dovea parlare esclusivamente del creditore) *recedere a contractu, sed possit cogi ad observantiam, et tunc attenditur tempus contractus* (5). Qui sembrerebbe alludere non al caso in cui è valida l'ipoteca malgrado l'inesistenza d'un obbligazione per la condizione potestativa, ma al caso in cui ci fosse una presente e valida obbligazione, che non fosse viziata da siffatta condizione. Eppure egli s'era proposto di parlare della condizione potestativa che può essere compatibile con una ipoteca, come è il caso esposto in principio della legge *qui dotem*; nella quale Papiniano distingue appunto questa necessità

(1) Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 4. n. 79. E prima di lui dividevano questa opinione, Bartolo, Cino e Salicoto, nei commenti alla leg. *assiduis.* Cod. *qui potiores;* e dopo di lui Mantica, *de tac. et amb.* lib. 14. tit. 16, n. 12. Vedi in contrario Fontanella, *de pactis nuptial. claus.* 7. gl. 2. p. 1. Bossi, *de dote,* cap. 2, num. 115. e segg.

(2) Gasp. Ant. Thesauro, *quæstion. forens.* lib. 3. quæst. 51. num. 31.

(3) Id. ibidem.

(4) D. leg. *qui dotem.* in princ.

(5) Thesaur. loc. citato.

che pesa sul creditore di non poter recedere dal contratto, e non parla del debitore, perchè se alludesse a quest'ultimo, direbbe semplicemente che siffatta obbligazione è vera, è attuale, è necessaria. Ma nel caso proposto, e nelle nostre cinque tesi ci ha un'obbligazione futura e potestativa, e ad onta di ciò si conserva valida l'ipoteca dall'origine. In questo luogo adunque Tesauro o declinerebbe la quistione, o ricadrebbe nella storta opinione d'Odofredo e di Bartolo, piuttosto che approfondire l'opinione di Baldo, e avvicinarsi alla soluzione (1).

E finalmente anche il Cardinal Mantica formulò questo criterio distintivo dicendo: *sed si talis sit contractus, qui vel utramque partem vel etiam alteram tantum obstringit, tunc tempus quo celebratur contractus inspicitur; quia quandoque conditio impleatur retrotrahitur* (2). Ma pur vedemmo superiormente com'egli dappoi interpretasse la legge *qui dotem:* non con questa teoria, ma alla maniera di Bartolo.

Resta dunque quasi intatta la ricerca che ci siamo proposta.

**18.** Dopo aver constatata la realità dei termini contradittorii delle cinque antinomie superiormente accusate, e dopo aver seguito coll'occhio gli infruttuosi tentativi della giurisprudenza italiana per conciliare, proseguiamo noi qui l'imperfetta analisi di Baldo e di Neguzanzio, i quali aveano pur con molta acutezza preso di mira la specialità di quel rapporto creditorio ove la suddette antinomie cadeano.

Gli è questo il luogo di provare quello che dicevamo a principio (§ 1 num. 1), come, formulando la materia proposta nell'ordinaria definizione dell'ipoteca, ci saressimo angustiati più di quello che importava alla libertà dell'osservazione scientifica: e come assai meglio avriasi fatto ispiegando l'ipoteca come *la sistemazione giuridica del credito sulla proprietà fondiaria.* Avvegnachè non altrimenti si potria approfondire l'analisi di quei sommi giureconsulti che si trasportarono dal principio antitetico della condizione potestativa all'esame d'una causa anteriore; della quale però diedero solamente un'indicazione superficiale, e la lasciarono perciò indimostrata e inintelligibile alla pratica.

Finchè l'ipoteca si considera come un diritto reale destinato alla sicurezza d'un debito, non si può agevolmente superare l'obbiezione della condizione potestativa. Ma se invece si considera come la sistemazione giuridica della legge naturale del credito, analizzando le funzioni di questa, si può trovare la ragione speciale dei rapporti sui quali si fondano quei casi eccezionali.

Si risovvenga il lettore di ciò che dicemmo degli effetti della legge naturale del credito, per la quale colui che ne approfitta, e che si dice debitore, ne approfitta in più modi: cioè o col ricevere dal creditore al-

(1) Anche M. Merlin. *de pignor.* lib. 4. tit. 1. quæ. 22. tratta questa materia e cerca assimilarsi il principio di Baldo e Neguzanzio; ma non giunge a precisarla come si conviene.

(2) Mantica. *de tacit. et amb.* lib. 11. tit. 23, n. 28.

cuna sua facoltà economica, convertibile a proprio vantaggio, cioè o danaro o qualsiasi oggetto che abbi un valore commutabile in commercio: e questo è il caso più frequente delle operazioni del credito, del mutuo e del commodato; o col ricevere questa facoltà economica in vantaggio di chi la comunica, come nel caso del deposito e dell'amministrazione; o nel vantaggio promiscuo di chi dà, e di chi riceve come nel caso delle locazioni e delle società; o col ricevere da lui qualche spostamento della sua libertà, cioè ricevendo alcuna sua obbligazione o cooperazione di dare o di fare in vantaggio di chi riceve, come sarebbe il caso della fidejussione, ed ancora della società, della locazione; o col ricevere questa facoltà morale o ciò che si dice più propriamente l'*autorità*, o la causa giuridica per cui una persona esercita nel mondo giuridico un diritto altrui come nel caso del mandato.

In tutti questi varj modi può funzionare la legge morale del credito, e questa legge operante in ciascuno di questi modi può essere sistemata giuridicamente coll'ipoteca.

Questa è la nozione fondamentale del pegno: a questo modo, e non altrimenti, potressimo sciogliere le accusate antinomie; le quali nacquero appunto da ciò che la giuridica finora si è limitata a considerare teoricamente l'ipoteca come la sistemazione di una sola fra le varie funzioni del credito; a quella sola che nasce nel caso in cui il creditore comunicasse al debitore alcuna sua facoltà economica colla materiale numerazione del danaro, o in genere colla prestazione d'un valore, in seguito a che chi le riceve contrae una presente e determinata obbligazione, indeclinabile affatto dall'arbitrio suo. Ma se questa è una funzione parziale ed uno fra i molti effetti della legge del credito, la sfera di efficienza di questa è assai più generale e può esercitarsi assai più largamente. L'uomo può soccorrere col credito non solo colle sue facoltà economiche, ma anche colle sue facoltà morali, colle sue prestazioni, colle sue obbligazioni civili. Grandissimi servigi può prestare l'uomo fiducioso coll'intromettersi colle commendatizie, colle fidejussioni, coi mandati. Prestati che li abbia diviene creditore; la legge del credito ha funzionato; il debitore se ne è avvantaggiato allargando la cerchia della sua libertà, delle sue facoltà economiche; delle quali può tosto valersi a suo grand'agio, valersene e non valersene, così in bene come in male, a tutto suo arbitrio.

Ma questa legge del credito appena che ha cominciato ad agire, dev'essere sistemata in vantaggio del creditore contro le disgrazie, o l'imbecillità o la protervia del debitore. Fra i modi varii di sistemazione ci ha l'ipoteca.

L'ipoteca dunque può assicurare la regolarità delle funzioni tutte di quella legge ancor prima che la loro opera sia compiuta; ancor prima che il debitore ne abbi tratto tutto il partito che ne potea trarre: prima ancora che si potesse stabilire in concreto ogni suo possibile abuso. Tra l'una e l'altra funzione non ci ha una differenza radicale in riguardo al

creditore: sia che egli dia una cosa od un valore, sia che si esponga con opere o con obbligazioni o coll'autorità propria, egli si è privato d' una parte della sua libertà, e l'ha comunicata al debitore; dal momento che non ha più fiducia nella sua probità e nella sua fortuna egli ne teme l'abuso: egli se ne vuol premunire; e la legge civile coll'ipoteca ha provveduto ad acquietare i suoi timori, a ristabilire l'equilibrio sostituendo alla cessata fiducia un impedimento alla libertà del debitore, in proporzione di quanto fu accresciuta per via del credito. Ha egli il debitore per questo modo accresciuto la disponibilità economica da 100 a 150? questo suo asse disponibile si limita coll'ipoteca all'anteriore misura: cioè riducendolo di 50.

Il depositario, il conduttore, il mutuatario, il socio, l' amministratore, il debitore che ottenne da altri una sicurtà, il procuratore, il marito cui fu promessa la dote, il proprietario cui fu aperta una partita di credito, o fu rilasciata un'azione di credito fondiario, ottennero in ultima analisi un credito; ma questo credito comprende tanto la prestazione materiale d' una cosa o d' un valore, quanto il conferimento d' un'autorità, di una facoltà per parte di un terzo; il quale perciò si trova esposto ed obbligato al di lui arbitrio, a sottostare a' suoi abusi colle proprie facoltà economiche: nel mentre che il debitore, sia direttamente coi valori ricevuti, sia indirettamente colle obbligazioni interposte dal terzo, può allargare la sfera della sua attività a pregiudizio del creditore.

L' analisi dei giureconsulti riesci dunque imperfetta in quanto si limitò a quei rapporti creditorii che si compiono colla prestazione materiale d'un valore, l'ipoteca fu circoscritta per essi a quest' unico scopo: *propter restituendæ rei vinculum* come disse Papiniano (1), o come piacque a Giustiniano: *quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris quo magis pecunia credatur, et creditori quo magis in tuto sit creditum* (2). Ma la realtà della vita economica sistemò l'ipoteca anche per tutte le altre specie di rapporti, e vinse l'ostacolo della condizione potestativa; imperocchè in ogni rapporto creditorio ciò che monta non è *il quanto di valore* che sia dovuto dal debitore, ma *il quanto di libertà*, di facoltà, di disponibilità egli abbi acquistato per via del credito. L' ipoteca come sistemazione giuridica del credito, è appunto destinata a impedire l'abuso di questa libertà comunicata per via del credito.

Gli è per questo che mi sono creduto in dovere di stilizzare il § dicendo, che anche quell' obbligazione eventuale il cui adempimento è lasciato all'arbitrio del promissore possa dare causa all'ipoteca, *quando il promissore medesimo prima di divenire effettivamente debitore si avesse attribuito in un contratto o con un proprio fatto alcuna facoltà, dagli effetti della quale abbia bisogno il creditore di premunirsi.*

(1) In Leg. 9 § ult. Dig. *de supellectil. legata.*

(2) Institution. *quibus mod. re contrahitur obligat.* § ult.

Questa è la causa massima alla quale è accessoria l'ipoteca: derivi da un contratto espresso, o dal consenso tacito del creditore, od anche dal fatto del debitore che si sia di suo arbitrio immischiato nell'amministrazione altrui, od abbi per sua colpa cagionato un danno od un pericolo d'un danno futuro, non importa gran fatto di distinguere. A noi basti di rilevare come questo rapporto creditorio determini la sistemazione giuridica dell'ipoteca in ciascuna delle cinque posizioni di fatto, e delle altre consimili, in cui si riscontra l'antitesi della condizione potestativa.

Così nella prima, cioè per il contratto di dote, lo suocero coll'obbligarsi a pagare una data somma ha da quel momento concesso al marito la facoltà di disporre della somma promessa, la quale egli può realizzare e adoperare come meglio gli talenta: ma questa sua libertà dev'essere contenuta ne' giusti limiti, col vincolare una parte corrispondente delle sue sostanze dal momento appunto ch'egli ne può abusare in pregiudizio del suocero e della moglie. Torna quindi evidentissima la ragione allegata da Papiniano: *cum ad universae quantitatis exsolutionem is qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis*: ossia quel dì in cui la legge del credito ha operato fra i contraenti. Non importa quindi che il marito avesse potuto non ricevere la dote: perchè l'ipoteca nasceva quando gli si attribuiva col credito la libertà di esigerla.

Non diversa è la spiegazione della seconda tesi: perciocchè il tutore, il curatore e l'amministratore all'atto di assumere la tutela, la cura e l'amministrazione ricevono per via della fiducia loro accordata tutte quelle facoltà, per le quali possono trattare gli affari loro affidati: e siccome possono abusare di tanta libertà, coll'ipoteca si ottiene appunto di delimitarne l'arbitrio.

E non diversa è la specie del terzo caso; perchè essendo il debitore posseditore d'un capitale altrui, con questo solo fatto si è attribuito la possibilità di non restituirlo a tempo debito: il creditore che glielo ha affidato può sistemare la sua fiducia in questa eventualità lontana.

E così si può dire di tutti i casi in cui ci sia bisogno di guarentirsi contro gli abusi che altri facessero delle facoltà loro accordate.

**11.** La stessa spiegazione deve valere per gli ultimi due casi che abbiamo proposto come antitesi al principio della condizione potestativa. Nè vi spenderemo sopra molte parole, solo cercando pure di fermare l'oscillazione della giurisprudenza moderna.

I tribunali francesi dovettero giudicare il seguente caso. Il banchiere Mannoury-La-Cour avea aperto un credito di 100 mila franchi a Bonvoisin, il quale per garanzia del rimborso gli diede in ipoteca un suo fondo. Utilizzò il credito traendo delle lettere di cambio che furono pagate dal banchiere fino alla somma di lire 97208; ma prima di ricevere tutto il pagamento, contrasse un altro debito verso Heroult-Desacres con

ipoteca sul medesimo fondo. Indi fallisce. Il secondo creditore impugna l'anteriorità dell'ipoteca del banchiere. Il Tribunale di Domfront col decreto 12 ottobre 1808 dichiarò preferibile in diritto il secondo creditore, perchè il debitore non s'era obbligato in origine verso il banchiere che potestativamente. La Corte d'appello di Caen col decreto 11 agosto 1811 riformò quel giudicato, e la Corte di cassazione rigettò il ricorso per la ragione che, in virtù del credito aperto dal banchiere a richiesta del debitore, questi avea contratta l'obbligazione di indenizzarlo di tutti gli effetti conseguenti dal credito (1). Specioso raziocinio, non nuovo e falso Non nuovo perchè era già stato accampato da Neguzanzio, nel caso dell'ipoteca costituita sui beni del padre per l'amministrazione della sostanza del figlio: *quod isto casu duplex potest considerari obligatio personalis seu principalis: una generalis et primæva qua pater incontinenti, quando incipit administrare, obligatur et tenetur res filii salvas facere, et absque fraude vel dolo administrare: et ista præcedit hypothecam; aliâ obligatio est specialis et secundaria, quæ nascitur ex mala et fraudolenta gestione patris* (2).

Quest'opinione è poi falsa; perchè non ci ha diritto d'indennità senza che sia provato il danno in chi lo pretende, e la colpa in chi lo deve soddisfare. Il danno non può constatarsi se non dopo avverato: la colpa non ci può essere in un contratto acconsentito liberamente da ambedue le parti: ed ambedue questi rilievi si riassumono e si combattono con quella vecchia massima: *qui ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. Il banchiere aprendo il credito si esponeva a tutte le eventualità che ne potevano derivare.

Ma in tal caso si dovea dire che l'ipoteca fosse costituita per la garanzia del credito aperto; imperocchè il banchiere obbligandosi a somministrare la somma promessa s'era espropriato d'una parte delle sue facoltà, ed avea accresciuto quella del debitore, ma colla cautela corrispettiva di vincolarle in proporzione col diritto reale dell'ipoteca.

E Troplong (3) in questo caso adopera quel suo principio della condizione potestativa, e conchiuderebbe in pro del secondo creditore, se non trovasse un argomento speciale nel fatto d'avere il debitore tratte le lettere di cambio; colla qual tratta intenderebbe avere il debitore realizzato il suo diritto, come se avesse ricevuto un'effettivo danaro. Persil prima di Troplong avea accettato la conclusione favorevole al banchiere, sebbene non ne vedesse nettamente la ragione; poichè egli disse: che l'ipoteca risulta dalla convenzione delle parti e dalla tradizione fittizia

(1) Sirey, *Iurisprudence*, tom. XIII, par. 2, pag. 128, tom. XIV. par. 1. pag. 41. Grenier, *hypothèc.* num. 26. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 478-479. La stessa soluzione in un caso simile fu data nella causa Lefebre contro i creditori verso Ebran col decreto 24 aprile 1812 del tribonale d'appello di Rouen Vedi Sirey, *Jurisprud.* tom. XIII. par. 2. pag, 370.

(2) Neguzani. *de pignor*. par. 2, mem. 4. num. 18.

(3) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 478-479.

che il banchiere avrebbe fatto in apparenza dei fondi al suo corrispondente, il quale pure sembrerebbe che li avesse deposti nello stesso giorno nella cassa del banchiere, per servirsene a volontà e secondo i suoi bisogni (1). Inutile giro di parole che conduce ancora all'obbiezione della condizione potestativa, come gliela oppose il nostro Luigi Chiesi; il quale d'altronde non seppe dal canto suo superarla; anzi paragonerebbe questo caso a quello in cui non ci fosse verun altro rapporto creditorio, ma ci fosse semplicemente un'obbligazione futura *si voluerit* tanto per parte del debitore che del creditore (2). La qual cosa quanto sia falsa può apparire dal fin qui detto.

Sopra un altro caso consimile disputano i francesi. Tizio si obbligò per un atto autentico di somministrare delle materie greggie a un manifatturiero perchè le lavorasse, e si fe' dare un'ipoteca per garantire la restituzione delle materie manufatte. Quest'ipoteca, domandarono Merlin, Grenier e Troplong, varrà dal dì dell'iscrizione, ovvero dal dì e in proporzione delle somministrazioni?

La risposta non è difficile per due motivi: l'una è esposta da Troplong dove avverte, che l'obbligazione del manifatturiero è bensì futura e condizionata, ma non con una condizione potestativa, perchè a' termini del contratto è obbligato a ricevere la materia greggia e a lavorarla (3). Questo può essere vero; ma resterebbe ancora a vedere se non essendo stato determinato il quantitativo della materia da riceversi, per quella parte che fosse stata somministrata la seconda volta, siccome il manufatturiero poteva rifiutarla, importava che l'ipoteca estendendosi ad essa incontrava dall'origine un'obbligazione potestativa. Su questo terreno non vuol seguirci Troplong, che non vuol vedere più in là di quel parziale principio. E noi risponderessimo anche in questo caso per la validità dell'ipoteca dal giorno dell'iscrizione, purchè in virtù del contratto di locazione, l'inscrivente fosse stato obbligato a somministrare le materie. Però se egli non fosse stato obbligato a somministrare una data quantità, l'ipoteca non varrebbe dall'origine, appunto per la mancanza d'un originario rapporto creditorio, da'di cui effetti avesse avuto bisogno di difendersi. Grenier si saria ravvicinato alla nostra opinione in ambedue i casi proposti, valendosi dell'argomentazione dalla legge *qui dotem*. Però non la interpretò come si conveniva; poichè egli ci viene a dire come, tanto colui che ha ricevuto l'ipoteca, che quegli che l'ha data, erano obbligati dall'origine, l'uno a dare il danaro o la merce, l'altro a ricevere (4). Ma in tal caso cosa c'entra quella legge antica? Da ciò si veda qual conto si debba fare di idee così confuse e indigeste.

Ci resta a spiegare l'ultimo caso dell'ipoteca concessa dal proprietario ad una società di credito fondiario per ottenere non già una sovvenzione

(1) Persil, Régim. hyp. sub. art. 2114. n. 3.
(2) Chiesi, *sistema ipot.* num. 657.
(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 476.
(4) Grenier, *hyp.* n. 26-27.

di danaro, ma una cedola, un'ipoteca sopra sè medesimo, che per via della girata si può realizzare contro danaro. Conveniamo con Troplong, come dissimo nell'introduzione, che il proprietario in tal modo costituisca un ipoteca prima d'assumere effettivamente un debito. Ma e che perciò? Non varrà essa? Egli è vero che costui prima di negoziare l'azione o la cedola ipotecaria non ha assunto alcuna passività in faccia ai terzi, quando facciamo astrazione dalle prestazioni annue per le spese e la progressiva ammortizzazione del suo titolo. Finchè conserva quel ricapito non è debitore del capitale che rappresenta. Eppure l'ipoteca sta dall'origine. Per qual ragione?

La società di credito fondiario è responsale in faccia ai terzi della solidità dei titoli che ella ha emesso. Ella, come qualunque altro banchiere, apre una partita di credito al proprietario, gli dà una sua obbligazione, che è girabile come danaro, e che al ritorno, come qualunque altra obbligazione, ella deve rimborsare ed estinguere. Ella dunque se non dà danaro, mette a disposizione del proprietario il suo credito, emette un atto d'obbligazione formale, obbliga se stessa, e con ciò aumenta le risorse del proprietario; colla cedola che gli dà, aumenta da una parte la disponibilità del suo patrimonio, ma dall'altra gliela limita con una contemporanea ipoteca: aumento e diminuzione che si traducono in ciò che si dice mobilizzazione della proprietà fondiaria, ossia ipoteca.

Ed ecco come l'analisi del credito dopo aver suggerito quella formula economica, la quale feconda e perfeziona tutti i sistemi ipotecarj moderni, come viddimo nell'introduzione, in questo luogo ci abbia giovato a comporre una difficoltà che è forse la più grave tra le molte che oscurano la dottrina ipotecaria.

---

# CAPO SECONDO

## DEL TITOLO E DELLA PROPRIETA'.

### § VII.

Il diritto di pegno si riferisce bensì sempre ad un'obbligazione valida, ma non qualunque obbligazione attribuisce il titolo per acquistarlo. Il titolo nasce dalla legge, da sentenza di giudice, da contratto o da ultima volontà del proprietario.

§ 449. *Codice civile austr.*

**SOMMARIO.**

1. L'ipoteca ha una natura sua propria; ha quindi una causa speciale che la determina.
2. Il titolo può essere di tre specie: cioè può derivare dalla legge, dal giudice o dal proprietario. La diversità del titolo non influisce sulla natura dell'ipoteca.

**1.** Trovata la causa finale per cui l'ipoteca esiste nel mondo giuridico, cioè il credito personale, che si vuole con essa sistemare contro le fallacie della libertà e contro i dissesti della fortuna del debitore, rimane a cercare dei modi e delle altre condizioni per le quali questa sistemazione si ottiene. La qual bisogna investigatrice fu espressa dal Legislatore austriaco nel § 449 del Codice civile, ove disse: ***il diritto di pegno si riferisce bensì sempre ad una obbligazione valida, ma non qualunque obbligazione attribuisce il titolo per acquistarlo.*** L' ipoteca, già il dicemmo, ha una sua distinta natura, una causa, una composizione di più parti, una fisonomia ed una virtualità tutta sua propria: la quale sua individualità vuol'essere studiata diligentemente in tutti gli atti che sono necessarii a costituirla. Ella non nasce senza la coesistenza d'una obbligazione, ossia prima che la legge naturale del credito abbi operato, ma non si confonde con essa, perchè rappresenta qualche cosa di sostanzialmente diverso, anzi come un sostituto al credito personale, una garanzia materiale surrogata alla garanzia morale. E come diversa di natura deve avere una causa propria, un'atto speciale di determinazione, che non si può collocare nell'obbligazione e nel credito, ma fuori di esso: e questa causa o determinazione è ciò che si dice *titolo.*

Con quella disposizione positiva ha voluto il Legislatore condannare l' antico abuso di connettere l'ipoteca a qualunque obbligazione per-

sonale, di identificare la libertà del proprietario colle sue facoltà economiche, quindi di distruggere le prerogative della proprietà facendola partecipe di tutte le aberrazioni morali del proprietario, confondere questo diritto che vuol essere sistemato colla massima evidenza dei possessi e delle iscrizioni tavolari, con tutto il guazzabuglio dei debiti personali (1). Altro è la proprietà, altro è il debito personale; cosa diversissima è l'ipoteca. Ciascuno ha una sua forma speciale, delle distinte facoltà e una apposita sanzione civile.

**2.** Il titolo dell'ipoteca, secondo il succitato § 449, può nascere o dalla *legge*, o da *sentenza di giudice*, o da *contratto* o da *ultima volontà del proprietario*. O in altri termini diremo: il credito personale può essere sistemato e assicurato sulla proprietà fondiaria, o mediante le prescrizioni della legge, e insieme coll'autorità del giudice che è l'organo intermediario tra la legge e la libertà dei cittadini, o per la volontà dei cittadini stessi, non però di chiunque, ma di quei soli che possono disporre della proprietà fondiaria, che si vuol sottoporre ad ipoteca. Di queste tre specie di cause dobbiamo parlare partitamente in questo capo.

Però dobbiamo avanti tutto avvertire che la diversità del titolo non influisce punto nè poco sulla natura dell'ipoteca che produce. È questo un'insigne prerogativa del sistema vigente presso di noi: della quale siamo debitori all'innesto del reggime tavolare germanico. Tutte le ipoteche da qualunque causa derivino sono pubbliche e speciali, sono tutte omogenee, sia nel processo della loro formazione, che nella conseguente virtualità loro. Nel mentre la cosa è diversa assai nel sistema francese, e nelle legislazioni che l'imitarono. Anche presso di esse si accenna alla diversità dei titoli dividendo le ipoteche in legali, giudiziali e convenzionali (2); ma questa distinzione non è relativa al solo titolo, ma accenna a profonde diversità intrinseche delle varie ipoteche. Imperocchè alcune delle loro ipoteche legali sono occulte; tutte poi, insieme alle ipoteche giudiziali affettano le generalità dei beni: come pur vedemmo nell'Introduzione, e spiegheremo con maggiori dettagli a suo luogo.

Per conseguenza di questa identità di natura che hanno tutte le ipoteche nel reggime austriaco, converremo volontieri con Degli Sforza nel dire inamissibile presso di noi la distinzione delle ipoteche in legali giudiziali e convenzionali, se non per indicare e conoscere da quale titolo l'ipoteca dipende (3).

(1) Come si usava nel Diritto comune, e si tollera nei Codici di Svezia e del Canton Ticino. V. Introduzione, ai num. VI. XXVII e XXVII.

(2) Distinguono l'ipoteca in legale, giudiziale e convenzionale: il Codice Napoleone nelli art. 2116 e 2117, il Codice Albertino nelli art. 2165 e 2166, quello delle due Sicilie nelli art. 2002 e 2003; quello di Parma nell'art. 2167; quello di Modena nelli art. 2158 e 2159; il regolamento pontificio nell'art. 108; e il regolamento toscano nell'art. 57.

(3) Degli Sforza, sul Diritto di pegno e di ipoteca secondo il sistema ipotecario austr. cap. IV. § 14.

# § VIII.

## Ha diritto il creditore al pegno o all'ipoteca, quando la legge gli attribuisce il diritto di esigere cauzione dal suo debitore.

*Arg. dal § 1373 Cod. civ. Aust.*

### SOMMARIO.

1. Del principio generale dell'assicurazione dei diritti personali.
2. Nozione e specie diverse della garanzia: della garanzia legale.
3. Applicazione del principio suddetto: classificazione dei casi nei quali la legge attribuisce il diritto alla cauzione.
4. Sezione I.ª Della cauzione di obblighi sprovveduti d'ogni credito personale. Dei creditori ereditarj, ossia della separazione dei beni ereditarj da quelli proprii all'erede.
5. Se si possa ottenere la prenotazione ipotecaria sui beni dell'eredità, e con quale effetto. Se si possano prenotare i beni proprii dell'erede si puro che beneficiario.
6. Della cauzione da prestarsi dall'erede ai legatarj.
7. Della cauzione del debitore contro il suo creditore: ossia dell'erede contro i legatarj: del debitore d'una cosa individua contro uno di più creditori; solidali: in caso di perdita del documento di debito.
8. Della cauzione da prestarsi per causa di pericolo minacciato da edifizii.
9. Della cauzione abbisognevole nei giudizii possessorii.
10. Della cauzione da prestarsi da un debitore che ricevette un mutuo da un minore o da un tutore senza le debite garanzie. Riepilogo de'casi precedenti.
11. Sezione II.ª Della cauzione dei rapporti creditorii nei quali venne a cessare il credito personale. Condizioni per la deduzione pratica del nostro principio superiore.
12. Della garanzia dei minori e del giudice pupillare contro i tutori; e degli altri interdetti contro i loro amministratori.
13. Della garanzia delle convenzioni matrimoniali. Critica della legislazione austriaca che ha parificato l'autonomia della donna a quella dell'uomo.
14. Confronto colle antiche e moderne legislazioni meridionali. Critica sulla precoce emancipazione delle donne.
15. Delle garanzie del fisco.
16. Della cauzione del proprietario contro l'usufruttuario; della minoranza dei consorti contro la maggioranza; del fidejussore contro il debitore.
17. Della cauzione di chi ha firmato la formula d'un giuramento decisorio e di quella in pendenza d'appellazione.
18. Della cauzione dei debiti scaduti e pericolanti.

**1.** La legge civile destinata alla salvaguardia di tutti gli interessi, e alla loro concorde moderazione, deve assai sovente intervenire per la sicurezza del credito personale, e accordare ai creditori la facoltà di guarentirsi contro la fede incerta dei debitori. Noi dobbiamo qui vedere in quali casi e per qual modo la legge eserciti questa provvida funzione: e

prima ancora con qual criterio e con qual discernimento ella s'adoperi a ciò. Il § 1373 del Codice civile austriaco importa solo in qual modo si debba dar cauzione: ma non in quali casi, ossia con un criterio, che riassuma le moltissime disposizioni speciali.

La legge francese, che per il solito aborre dai formulare i principii superiori, che fanno dei singoli e infiniti aforismi un sistema, ha pure preteso in questo argomento di darci una siffatta dignità scientifica, là dove incominciando la trattazione della materia de' privilegi e delle ipoteche esordiva il titolo XVIII del libro III del Codice Napoleone colle seguenti che si dissero disposizioni generali.

*Chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto di adempiere alle contratte obbligazioni* SOTTO LA GARANZIA *di tutti i suoi beni mobiliari ed immobiliari, presenti e futuri* (1). *I beni del debitore sono la* GARANZIA COMUNE *de' suoi creditori, ed il prezzo si comparte fra essi per contributo, quando non vi sieno cause legittime di prelazione fra i creditori* (2).

*Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche* (3).

Noi non possiamo accettare questi preamboli. Qui ci ha un principio evidentemente falso, e nulla v'ha di buono se non la pretesa di colorire la derivazione dottrinale della disciplina ipotecaria dalle altre discipline che compongono il Diritto civile. Imperocchè i legislatori francesi non seppero difendersi da questo innato bisogno di sistemare lo scibile e gli imperativi pratici a modo di scienza, di dare al loro sistema ipotecario un principio superiore; ma non riescirono a darci un principio che fosse vero in sè stesso, o fosse superiore cioè fecondatore della successiva dottrina ipotecaria. E non è difficile di vedere come quel principio sia falso. Imperocchè si può bene ammettere che colui che si obbliga colla persona si obblighi *in ultimo risultato* anche co' suoi beni; e finchè i beni appartengono al debitore *possono* divenire materia della soddisfazione degli obblighi suoi (4). Ma è però vero eziandio che fino a tanto che questi

(1) Art. 2092. Codice civ. francese. Disposizione copiata letteralmente negli art. 1104, del Codice del Canton Ticino; art. 2114, del Cod. Estense: art. 1. Motuproprio toscano 2 maggio 1836; art. 2122. Cod. di Parma. Chiesi sistem. ipot. num. 13. Però nel testo francese invece delle parole *sotto la garanzia*, si legge quella corrispondente a *sopra di*. E con questa lezione l'art. è adottato nel Cod. Albert. art. 2145 e art. 1962 del Codice delle due Sicilie.

(2) Art. 2093. Cod. civ. franc. colla stessa lezione adottato negli art. 2147 del Codice Albertino; art. 1105 del Codice Cant. Ticino; art. 2115, 2116 del Cod. Estense; art. 2. Motuproprio toscano; art. 2123 Cod. di Parma; art. 1963 Cod. Siciliano. Chiesi, num. 16 Se non che nell'edizione francese, invece delle parole: sono la garanzia comune: è scritto: *sont le gage commun:* differenza di nessun rilievo.

(3) Art. 2094. Codice civ. franc.; art. 2148. Cod. Albert.; art. 2117. Cod. Estense; art. 3. Motuproprio Toscano; art. 2124. Cod. di Parma; art. 1964. Cod. siciliano. Chiesi num. 24.

(4) Noi omettiamo di spingere la critica fino ai minimi dettagli come fece acutamente il sig. Mourlon sul principio del suo *examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges* Paris, 1855; ma ci limitiamo a criticare quel principio del *chi obbliga sè obbliga i suoi beni*: la cui critica fu però trascurata dal lodato Mourlon, che anzi accettò quello stesso principio, come una legge *che ha radice nelle viscere dell'umanità:* (n. 1. d'ambedue le opere di Mourlon e di Troplong.)

beni appartengono alla libera disponibilità del debitore possono anche sottrarsi a quell'ufficio, sia colle alienazioni o col consumo, sia colle affettazioni reali dei pegni, de' privilegi e delle ipoteche. Da ciò potevasi trarre il corollario che i creditori personali non avessero modo di realizzare i loro diritti quando non impedissero al debitore la distrazione de' suoi beni, od acquistassero una garanzia reale sui medesimi: che se non facessero questo, non avriano modo di far sì che questi beni fossero veramente destinati alla soddisfazione dei loro diritti. Chi si obbliga colla persona concede all'altra parte un diritto realizzabile nel miglior modo possibile. Questo diritto non affetta, nè obbliga ancora le cose materiali o appartenibili all'obbligato. Verità volgarissime sono queste; come volgare è la distinzione de' diritti personali da quelli che affettano direttamente le cose, e diconsi reali. Tutto il sistema giuridico antico e moderno non potè mai prescindere da quest'analisi: quesli termini non furono mai confusi e scambiati. Chi obbliga la sua persona contrae un'obbligazione personale e nulla più: si può imporre un diritto reale su di una cosa: ma è un' affare distinto. Il diritto reale di pegno suppone bensì un diritto alla persona; ma questo non suppone quello necessariamente: credito personale e sistemazione giuridica abbiamo detto che sono idee distinte.

E tuttavia secondo la legge francese si direbbe che i beni del debitore sieno la garanzia il pegno comune de'suoi creditori: che questo sia corollario dedotto dal principio, che chi obbliga la persona obbliga insieme i suoi beni. Eppure lo stesso sig. Troplong, che ci viene a predicare queste verità come fondamentali (1), conviene nello stesso tempo e perfettamente colla nostra asserzione, che cioè i creditori personali hanno solamente un'obbligazione personale e nessuna garanzia reale; che questo pegno comune non contiene in sè un'ombra di vero; poichè egli stesso con molte parole ci spiega come questo pegno sia all'intutto diverso dal pegno ordinario, che si ottiene colla tradizione; che anzi è postergato a questo, all'ipoteca, al privilegio (2), e non ha efficacia alcuna sui beni del debitore, se non quando questi non ne possa più disporre, li possegga, e non trovinsi affettati da alcun vincolo (3): che questa garanzia è procacciata dalla sola azione personale, e dipende perciò dal mero beneplacito del debitore (4): concessioni queste la cui somma importa che questo pegno e questa garanzia non sia nè pegno nè garanzia, che, all'infuori della dubbia fede personale dell'obbligato, i chirografarj non hanno altro che una sola cosa che è ancora la fede personale dell'obbligato.

Quel predicato adunque si può risolvere in una proposizione negativa, e nulla più: che cioè i creditori personali senza i privilegi e le ipoteche si trovano esposti ad essere gabbati dal debitore quando questi consu-

(1) Troplong, des priv. et hyp. num. 1-3.
(2) Des priv. et hyp. num. 4, 9. 13. 15.
(3) Ibid. num. 10, 13. Mourlon. op. cit. num. 14.
(4) Troplong, ibid. num. 4

masse od alienasse le sue sostanze. Ben è vero, replichiamo, che il diritto personale può nella sua attuazione discendere sui beni del debitore: e discende sopra di essi non per altra via che per essere essi nella cerchia della personalità di colui, come suoi attributi, come cose occupabili e di nessuno, stantechè il loro proprietario è respinto per la sua stessa obbligazione personale. Ma il vero oggetto del diritto personale non può essere altro che la persona dell'obbligato: e chi obbliga semplicemente la sua persona, si mette bensì nella causalità, nell'eventualità di soddisfare ad essi col valore di questa o di quell'altra sua cosa che gli appartiene; ma fino a tanto che il diritto personale non è messo in esercizio, egli conserva la libera disponibilità dei beni suoi, e questi non formano punto l'oggetto del diritto personale inesercitato. Chi obbliga la sua persona adunque obbliga la sua persona, e lascia liberi i suoi beni. Vorrassi forse dire che il diritto personale del creditore possa anticipare o assicurare la sua realizzazione efficace sopra i beni del debitore? Concedasi: ma è questo un atto distinto, possibile se si vuole, ma non è implicito nel concetto di obbligazione personale: questa è distinta affatto dall'obbligazione reale: finchè il creditore non ha acquistato un diritto reale, una garanzia, un pegno su di un dato bene del debitore, egli non ha nè diritto reale, nè garanzia, nè pegno: e quindi quei beni non sono nè obbligati, nè garanzia, nè pegno.

Possiamo dunque concedere che ad un diritto personale creditorio possa essere inerente il diritto della preventiva assicurazione, che i creditori possono quando che sia mettersi al coperto delle male arti del debitore. Ma questo non è il senso della legge francese nella quale piuttosto si predica che essi creditori senz'altro hanno una garanzia, e che il debitore deve garantirli quando gli piace, cioè quando non ci ha bisogno. Dice Mourlon: la regola che chi obbliga sè obbliga il suo, ha per fondamento essenziale l'*interesse della società*. L'obbligazione che non avesse per correlativo nella persona del creditore il diritto di esecutare i beni del debitore, non sarebbe in effetto che un dovere puro, un dovere morale privo di sanzione: quindi la comunione umana mancherebbe d'un legame abbastanza forte e rispettato per essere felice e duratura. Dove manca il legame giuridico civile, ivi non ci ha società (1). Ma cosa conclude questo ragionamento? Non altro, se non che l'obbligazione personale attribuisce al creditore un diritto personale nel quale si comprende pure il diritto di esecutare la sostanza dell'obbligato. Il che non fu mai infirmato da nessuno. Ma cos'è che importava conchiudere? che l'obbligazione personale importa seco necessariamente e sempre l'obbligazione reale de' beni dell'obbligato per la persona. Il sig. Mourlon cadde nello stesso equivoco in cui caddero i legislatori del suo codice; poichè scambiò la parola *saisir*, esecutare, colla parola obbligare real-

(1) Mourlon, *Examen critique* n. 6 tom. 1. pag. 10

mente l'esecuzione è un modo d'esercitare un diritto personale: l'obbligazione reale è un modo di assicurare il futuro esercizio di quel diritto. La *salsie* e *le gage* hanno quello differente significato. La prima è inerente a qualunque diritto personale, non così il secondo. Il primo è un attributo essenziale della virtualità di quel diritto, il secondo è un attributo accidentale non necessario, non implicito; scambiare l'una coll'altra cosa è confondere il contingente col necessario, l'essenziale col possibile; il futuro col presente. Possiamo dunque conchiudere che Mourlon non ha sospettata la nostra obbiezione, anzi ci ha fatto meglio rilevare l'anfibologia dell'aforismo in discorso.

Pure, senza lasciarci fuorviare dalla critica delle legislazioni forastiere, dobbiamo per nostro conto rintracciare il principio superiore, un discernimento col quale il legislatore deve aver concesso nella grandissima varietà dei casi il diritto alla cauzione,

Dalle cose predette desumiamo innanzi tutto, che la cauzione non si concederà per ogni e qualunque debito personale, perchè in tal caso si consacrerebbe il principio criticato che chi obbliga la persona obbliga i beni. Alla possibilità pratica di siffatta provvidenza resiste inoltre una considerazione che si desume dalla stessa essenza del credito personale. Avvegnachè questo, come dissimo a principio, è una felice produzione morale, non ultimo frutto della civiltà d'un popolo, la quale per se stessa ravvicina e congiunge l'attività morale dell'una e la ricchezza dell'altra persona; dalla qual miscela nasce nel proprietario una partecipazione dell'attività economica del debitore, e in questi una partecipazione della proprietà altrui. Ora egli è evidente che non sarebbe provvida quella legge civile, la quale, non che ammirare questa sapiente ed utilissima legge naturale, volesse impedirne l'azione collo stanziare che qualunque obbligazione personale arrecasse seco l'affettazione dei beni del debitore, e per conseguenza non la fede di questi, ma il suo patrimonio, per una specie di mobilizzazione legale, divenisse materia del credito. Questo non vollero i legislatori francesi, se non colle parole, almeno coll'istinto economico: nessun legislatore moderno vorrebbe in ciò ristorare le leggi antiche delle ipoteche tacite convenzionali, che sono la perfetta negazione della fede dovuta alla persona (1).

Resta adunque per principio generale la seguente limitata proposizione: *che il bisogno, e il diritto della garanzia potrebbe nascere allora soltanto, che non esiste, o svanisce il credito personale.*

Ma prima di discendere alla applicazione di questo principio, esaminiamo nella nozione stessa della garanzia, in qual modo si conceda dalla legge a chi ne avesse bisogno.

(1) Facciamo eccezione pel sistema ipotecario vigente nella Repubblica del Canton Ticino: come viddimo nell'introduzione, num XXVII; secondo il quale però l'ipoteca non s'acquista direttamente col fatto dell'obbligazione personale, ma colle pratiche distinte dell'iscrizione.

**2.** Garanzia, cauzione e assicurazione nel linguaggio volgare significano la stessa cosa: cioè provvedere in modo che qualsiasi eventualità non nuoccia all'efficacia di un diritto; ossia convengono nello scopo comune che è di tranquillare il creditore (1), e come disse Richeri: *finis ergo cautionum est ut facilius quisque obtineat quod sibi debetur* (2). Il quale scopo può ottenersi in due maniere: o col togliere al debitore la possibilità di non adempiere a' suoi obblighi, ovvero col procacciarsi un altro diritto, la virtù del quale supplisca al difetto dell'altro. Sotto questa classificazione vengono molte specie o modi di garanzia, che nella storia del Diritto si moltiplicano quanto mai può imaginare il genio sottile della diffidenza.

La libertà morale del debitore di sottrarsi all'adempimento de' suoi obblighi può esercitarsi in varj modi: e da indi varj provvedimenti assicurativi. Se egli volesse impugnare la esistenza del debito, i giudizii o le convenzioni espresse servirebbono a dare una forma e una dimostrazione certa al medesimo (3). Se volesse deluderne l'adempimento il potrebbe col nascondere, alienare o vincolare i suoi beni, ed a questa eventualità la legge in casi determinati concede il rimedio de' sequestri. E in genere poi il creditore può impedirgli questa iniqua possibilità, o creando in lui un interesse contrario, o raffrenandolo col timor salutare di castighi. A questa specie di garanzia appartiene l'antica *cautio juratoria* ossia il giuramento col quale il debitore sanzionava la sua promessa, la cui violazione importava le pene dello spergiuro sancite da Arcadio ed Onorio nella legge 41. Cod. *de transactionibus*.

Il creditore può parimenti assicurare l'efficacia del suo credito rafforzandolo o con obbligazioni di altre persone; o con diritti reali sopra cose determinate: ed in questo riguardo la cauzione può definirsi a modo di Richeri una *promissio de securitate ab imminenti vel possibili læsione* (4).

Questi due modi di garanzia sono i più utili, i più ovvii, i più frequentemente usati, e come tali vennero riconosciuti nel Codice civile austriaco al § 1343. Nelle leggi romane chiamavasi *fidejussoria cautio*, o *satisdatio* la prima specie di garanzia (5), e *cautio pignoratitia* la seconda (6). Però presso gli antichi nell'ermeneutica dei contratti le parole *cautio* e *securitas* per se stesse non includevano punto l'obbligo di dare fidejussori, ma solo la ricognizione formale del debito, per lo scopo che

(1) Ita cavit ut eum (creditorem) hoc nomine securum faciamus. Leg. 1. Dig. *qui satisdare cogantur*.

(2) Iurispr. univ. lib. 4. tit. 16. vol. XI. § 757.

(3) E questa pratica si dice *cauzione* nella leg. 40. Dig. *de rebus creditis*. l. 47. § ult. Dig. *de pactis* l. 1. 3. 4. e 8, Cod. *de non numer. pecun.* Vinnio, Institut. lib. 3. tit. 22. num. 1.

(4) Ibid. vol. XI. § 756.

(5) Leg. 1. § 9, Dig. *de collatione*, leg. 7. Dig. *de prætor. stipulat.* Leg. 1. Dig. *de verbor. significatione*. Leg. 1. Dig. *qui satisdare cogantur*. Leg. 5. Codice *de verb. signif.* Richeri. *Jurispr. univ.* vol. II. § 242. vol. XI. § 756. Franc. Balduin. *de pignor.* cap. 2 e 20.

(6) Richeri vol. XI. § 756.

si disse di sopra (1); e questa si chiamava anche semplicemente *repromissio*: onde tra quella e la *satisdatio* correva un gran divario (2).

Se però si fosse pattuita o ordinata una cauzione *idonea* questa non intendevasi prestata, *si neque fidejussor, neque pignora accepta sint*. Tale era l'opinione di Paolo (3), ed analoga era pur quella di Pomponio e di Ulpiano nel caso che la cauzione fosse stata ordinata dal Pretore (4). Nei tempi più moderni però la parola *cauzione* avrebbe ottenuto il significato di cauzione idonea, perchè le parole devono avere quel significato che facciano la volontà dei contraenti produttiva di qualche plausibile effetto (5). Laonde non ebbero fatica i prammatici a stabilire che la promessa d'una cauzione ancorchè nuda, dovesse adempiersi coll'ipoteca dei beni (6).

Lo stesso accordo non si rinviene però nel caso che si voglia dare una preferenza all'una sull'altra specie di garanzia. La legge vigente ha stabilito per principio: *chi è obbligato a dar cauzione deve soddisfare a quest'obbligo o mediante pegno, o mediante ipoteca. Soltanto nel caso che non sia in istato di dare un pegno, si ammettono idonei fidejussori.* Così nel § 1373 del Codice civile che forma materia del presente nostro § (7).

Le leggi romane aveano pure constatato che, *plus cautionis in re est quam in persona* (8); ma, secondo l'avviso di Dionigi Gottofredo, se questa massima potevasi applicare al pegno di cosa mobile costodita dallo stesso creditore, non lo era per riguardo all'ipoteca: *plus cautionis est rem habere apud se, quam contra alium agere* (9). La cagione di ciò è nota: nè poteasi con più breve epigramma colpire l'assurdo sistema ipotecario degli antichi: i quali pure accorgendosi di ciò, in molti casi diedero la preferenza alla *satisdazione* dei fidejussori: come ad esempio nelle stipulazioni pretorie (10).

Che anzi lo stesso pegno detenuto dal creditore non sembrava a tutti una sufficiente cauzione perchè, secondo Richeri, *tum quia incertum est ab initio, nec æstimari potest, quod forte fortuitis casibus perire possunt ac fieri deteriora* (11). E tanta era la varietà dei casi, e diverse le specie di garanzie che si esigevano o preferivano, che Menocchio attesta che la consuetudine del suo tempo lasciasse la scielta all'arbitrio del giudice (12).

(1) Leg. 5. Cod. *de verbor. et rer. signific.*

(2) Come si può vedere nella leg. 37. Dig. *de eviction.*

(3) Nella leg. 59. § ult. Dig. *mandati vel contra.*

(4) Leg. 1. § 9, Dig. *de collatione.*

(5) Leg. 4. Dig. *de usuris.* Leg. 219. Dig. *de verb. signif.*

(6) Bartolo in Leg. 1. § ult. Dig. *de prætor. stipulat.* Neguzanzio, *de pignor.* par. 5. m. 1. num. 1. 3 e 9. Merc. Merlino, *de pignor.* tit. 1. quæ 4. num. 8.

(7) Una simile disposizione si ha nell'art. 46. della legge ipotecaria del Wurtemberg.

(8) Leg. 25. Dig. *de regulis juris.*

(9) Dion. Gottofredo alla sudd. legge.

(10) Come dalla sudd. legge 7. Dig. *de prætor. stipulat.* Baldoin *de pignor.* cap. 2.

(11) Vol. II. § 242.

(12) Menoch. *de arbitrar. judic.* lib. 2. centur. 2. cas. 139. num. 1.

Ma allorquando la pubblicità e la specialità del diritto ipotecario vennero per leggi austriache a guarentirne l'efficacia reale, quelle titubanze doveano cadere, ed erogare si dovevano le ipoteche alla forma eccellente d'ogni altra nel sistema delle garanzie.

Però questo non avvenne nella legislazione francese; che anzi negli art. 2040 e 2041 del Codice napoleonico è disposto, che colui che è obbligato a dare sicurtà (caution) dee dare un idoneo fidejussore, e in mancanza di esso, un pegno sufficiente a garantire il credito. E queste disposizioni furono adottate letteralmente negli articoli 1912 e 1913 del Codice delle due Sicilie, negli articoli 2069 e 2070 del Codice parmense, negli articoli 2079 e 2080 del Codice Albertino, e fin anco negli articoli 2059 e 2060 del nuovo Codice estense.

È in vero sorprendente come i francesi avessero ristretto il senso della cauzione alla sola specie della fidejussione che essi chiamano *cautionnement*, come chiamano *caution* il fidejussore (1): e quindi avessero stabilito quel principio, quasi che la garanzia ipotecaria fosse nulla. E per conseguenza di ciò disputano con molto calore se l'ipoteca possa essere offerta in luogo della fidejussione e del pegno di cosa mobile. E lo stesso apologista del sistema ipotecario francese, il sig. Troplong non sa decidere la quistione in maniera definitiva, ma ne rimette, come Menocchio sotto il regime delle leggi romane, la scelta al giudice (2): implicitamente accusando il proprio sistema ipotecario come talmente difettoso, che non bastasse a far preferire la garanzia del diritto reale a quella del personale, la garanzia della cosa a quella del fidejussore: la sicurezza della cosa mobile a quella dell'immobile.

E questo contrasto è assai più evidente e meno giustificabile nei sistemi italiani, presso i quali l'ipoteca ha pure migliorato d'assai, e può prestare una garanzia assai più efficace e comoda di quella che non è la fidejussione o il pegno.

Nè presso i francesi o i nostri vicini non si potrebbe agevolmente comporre la controversia, così come presso di noi, se nella parola pegno la legge comprenda anche ipoteca. Ma da noi senza ambagi col § 1373 del Codice civile il pegno è paragonato all'ipoteca; ed ambedue sono preferiti alla fidejussione: *plus cautionis in re est quam in persona*. Avvertasi però che questo criterio della garanzia legale vale solamente in materia di Diritto civile, non in quella di Diritto cambiario, come appare dall'articolo 25 della nuova legge di cambio 25 gennajo 1850.

**3.** Resta ora a cercare l'applicazione del superiore principio, cioè a classificare i vari casi in cui, o non esistendo, o venendo a cessare il credito personale, nasca il bisogno e il diritto alla garanzia reale, sia col pegno sia coll'ipoteca.

(1) Vedi il titolo XIV. del lib. III del Cod. Napoleone.

(2) Troplong, *du cautionnement*, num. 592.

Ma come può mai avvenire che ci sia una obbligazione, la quale sia nata senza i benefici auspicii del credito personale? Non dipende forse da noi di non acquistare diritti, di non imporre obbligazioni? È vero talvolta ma non sempre; perchè non dipende sempre da noi che l'arbitrio altrui e la natura delle cose non sieno per arrecare un danno alle nostre sostanze: non dipende sempre da noi, perchè talvolta ci troviamo d'avere acquistati diritti verso persone che si obbligarono, non per una libera trattativa iniziata con noi, ma in conseguenza di trattative fatte con persone dalle quali noi avessimo avuto causa, o in conseguenza de' fatti loro proprii, o per dispostzione di legge.

I casi speciali che qui numeriamo sotto questa categoria evidentemente la legittimano: conciosiachè nessuno vorrebbe dubitare che i creditori del defunto, o i legatarj, comunque abbino per legge obbligato a se medesimi l'erede, abbiano essi avuto qualche credenza in suo riguardo: che il giudice, che esige l'adempimento dei legati pii dallo stesso erede, abbi giammai contrattato con esso lui: che il debitore che ha estinto il suo debito, avendo diritto ad essere tenuto indenne dell'eventualità che lo smarrito documento di debito desse causa ad una seconda esazione, abbi fatto credenza al suo creditore. Un diritto eventuale si può avere, fatta astrazione da ogni credenza personale, nel caso del minacciato pericolo di un edifizio altrui.

Al contrario in tutte le altre obbligazioni che derivano, o dall'immediato consenso del creditore e del debitore, o dalla deferita tutela, dalla dote e simili, la condizione del debitore è sempre in origine onorata dalla fede personale, e non è che per la successiva diminuzione di essa che nasce il bisogno dell'assicurazione.

L'analisi di ciascuno delle specie comprese in queste due categorie produrrà la generale classificazione dei casi nei quali la legge, coll'opera del giudice, attribuisce il titolo della cauzione ipotecaria.

**4.** I creditori del defunto e i legatarj, sono creditori dell'erede, in quanto è erede; ma il loro diritto creditorio non implica nella sua nozione alcuna fede personale in suo riguardo. Dunque se il principio da noi predicato è vero, essi hanno diritto alla cauzione. E diffatti la legge glielo riconosce.

Nei §§ 811 e 812 il nostro Codice civile dispone: « Alla sicurezza ed al pagamento dei creditori del defunto il giudice non provvede più che essi non domandino. Non sono però obbligati ad aspettare la dichiarazione d'erede, ma possono instituire le loro azioni contro la massa, ed esigere che sia costituito alla difesa di essa un curatore, in concorso del quale possono esperimentare i loro diritti. »

« Se qualche creditore verso l'eredità, o legatario, o erede necessario tema che il suo diritto sia esposto a pericolo per la confusione dell'eredità colla sostanza propria dell'erede, può esigere prima della aggiudicazione della eredità *che sia questa separata dalla sostanza dell'erede*,

custodita dal giudice, o amministrata da un curatore, *che sopra di essa sia prenotato il suo diritto*, e che sia soddisfatto. »

Si dimanda se i creditori personali del defunto a scongiurare la trista eventualità, che in luogo della fede personale del defunto debitore, avessero ad essere molestati dalla perfidia dell'erede, abbiano dalla legge due rimedj: l'uno della separazione della massa ereditaria dal patrimonio dell'erede: l'altro quello della prenotazione.

Il primo rimedio era stato imaginato e regolato nelle leggi romane, e si raccomanda per l'equità grandissima; come sembrò ad Ulpiano: *creditores Seji* (cioè del defunto) *dicunt bona Seji sufficere sibi, creditores Titii* (cioè dell'erede), *contentos esse debere bonis Titii... Fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, et si non in assem, in aliquid tamen satisfacere: admissis autem commixtisque creditoribus Titii, minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut non consequantur, quia plures sunt: hic est igitur æquissimum creditores Seji desiderantes separationem audiri* (1).

Questo rimedio non si potea impetrare da' quei creditori che avessero avuto credenza nell'erede: *cæterum*, proseguiva Ulpiano, *si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum: quippe cum secuti sunt nomen heredis, nec possunt jam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt* (2). Questo identico principio che la separazione si concede perchè i creditori non hanno fiducia, nè vogliono avere alcun rapporto coll'erede, fu inculcato con esempii da Paolo ove disse: *cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis, et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona vendiderunt* (3).

Però questo rimedio non si potea chiedere in qualunque tempo, ma solo entro i cinque anni successivi all'adizione dell'erede (4); e questo limite era necessario onde liberare la proprietà ereditaria da un perpetuo vincolo. Epperciò quella limitazione fu conservata, salvo la varietà arbitraria dei termini in tutte le successive legislazioni. Lo stesso termine di cinque anni fu adottato negli articoli 20-28 del motuproprio di Toscana sulle ipoteche. Nel Codice Napoleonico invece agli articoli 878-881 la domanda della separazione del patrimonio si ritenne prescritta riguardo alle cose mobili dopo tre anni dall'adizione, e non patì alcuna limitazione di tempo riguardo alle cose immobili finchè sieno possedute dall'erede, e non pregiudichi i di lui creditori: la qual'ultima clausola rende pressochè inefficace questo beneficio. Le identiche disposizioni si tradussero negli articoli 798-801 del Codice siciliano, nell'articolo 2143 del Codice parmense, negli articoli 1100-1103 del Codice Albertino.

(1) Leg. 1. § 1, Dig. *de separationibus*.

(2) D. leg. 1. § 10. Dig. *de separation*. L'identica disposizione si trova nell'art. 879. del Codice Napoleone. Al quale corrispondono l'articolo 2143 del Cod. parmense, l'art. 799. del Cod. siciliano, l'art. 1101 del Cod. Albertino.

(3) Leg. 5. Dig. eodem titulo. Vedi anche Mourlou, *examen critique de M. Troplong*, num 297. Chiesi, sist. ipot. n. 362-369.

(4) Leg. 1. § 13. Dig. *de separation*.

A questa inefficacia però si è provveduto, e ben lo disse espressamente il Codice Albertino nell'articolo 1102, col concedere ai creditori un' ipoteca privilegiata sugli immobili della credità, da inscriversi nel termine di sei mesi secondo l'articolo 2111 del Codice Napoleone, nell'articolo 1997 del Codice siciliano, nell'articolo 83, num. 4, e negli articoli 97 e 98 del regolamento ipotecario di Romagna; e nel termine di tre mesi secondo gli articoli 1100-1103 e 2211 del Codice Albertino; nel termine di quaranta giorni secondo gli articoli 2155 e 2176 del Codice di Parma; senza termine, ma pure da inscriversi prima che lo stabile sia volturato nei registri del censo al nome dell' erede, secondo l' articolo 90 del regolamento ipotecario di Toscana; e finalmente senza termine utile alcuno, ma come semplice privilegio che vien dopo le ipoteche, secondo gli articoli 1152 e 1185 del Codice del Canton Ticino.

La legge austriaca in riguardo al beneficio della separazione del patrimonii ha introdotto un'importante modificazione, assai più conciliabile coi principii generali del diritto. Conciosiachè il Diritto romano concedesse questo beneficio dopo che l'erede coll' adizione era divenuto assoluto proprietario dei beni crediiati: e quindi nuoceva ai creditori personali dell'erede, avvantaggiando i creditori del defunto, che pure non aveano alcun diritto reale su quei beni. Ma nel nostro Codice civile l' erede non diviene proprietario di essi, non entra in possesso se non dopo il decreto di aggiudicazione (1); solo dopo quel tempo può usare ed abusare della proprietà sua come ogni altro padrone (2); quindi il Legislatore concede ai creditori ereditarj d' impetrare quel beneficio soltanto nell'intervallo anteriore all'aggiudicazione, come viddimo col sopracitato §. 812 del nostro Codice civile.

**5.** Il secondo rimedio che la nostra legge somministrerebbe ai creditori ereditarii saria quello della prenotazione. Ma qui sorge un grave dubbio nel determinare se questa sia la prenotazione ipotecaria, della quale parleremo nel successivo Capo IV, ovvero sia una semplice annotazione negli atti giudiziali, ove si tiene conto della ventilazione ereditaria. Non esita Mattei nel credere che la legge del § 812 del Codice civile non alluda alla prenotazione ipotecaria, tal quale è formulata nei §§ 438 e 453 dello stesso Codice civile, ma indichi solo un annotamento negli atti giudiziari all'effetto che si abbi riguardo all'indennità dei creditori prima di trasmettere la sostanza all'erede (3); Basevi adotta l'opinione contraria; ma nè l'uno, nè l'altro adducono alcuna ragione. Solo soggiunge Basevi che sarebbe più utile praticare la prenotazione ipotecaria sugli stabili e sui crediti ipotecarj dell'eredità, e che quel semplice annotamento gioverebbe per la sostanza mobile (4). Ma prima di dire che

(1) §§ 425 e 797 del Cod. civ. austr.

(2) § 354. Cod. civ. austr. Winiwarter al § 812. n. 7. del Dir. civ. austr. Mattei allo stesso § 812. n. 8.

(3) Mattei al § 812. del Cod. civ. austr.

(4) Basevi, annotazione al § 812, num. 2. del Cod. civ. austr.

tal pratica fosse più utile, bisognava proporre non solo, ma provare che fosse ammissibile: e tanto più dovea insistervi in quanto che l'opinione del Mattei può avere qualche fondamento.

Imperocchè si può dubitare se un creditore ereditario possa ottenere una valida ipoteca sui beni dell'eredità non ancora aggiudicata, ma solo sia stata adita dall'erede col beneficio dell'inventario. E la cagione di questo dubbio si ripete dall'articolo 2146 del Codice Napoleone, del quale tratteremo sotto il § XXVI del seguente Capo III. E se anche non si volesse credere all'efficacia imperativa di quell'articolo presso di noi, rimane sempre la materia dello stesso dubbio; imperocchè concedendo per ipotesi che un creditore ipotecario potesse ottenere colla prenotazione un'ipoteca, egli s'avvantaggierebbe in ragione di priorità sugli altri creditori dello stesso defunto; nel mentre che la legge non userebbe distinzione e predilezione dell'uno verso l'altro, ma in generale accorderebbe la prenotazione al creditore ereditario. Così è che la legge francese e le italiane concedettero un'ipoteca privilegiata, che al pari d'ogni altro privilegio tra i creditori d'una medesima causa non ammette prelazione di tempo (1).

D'altronde la costruzione stessa del § 812 escluderebbe l'assunto di Basevi: perchè vi leggiamo questa proposizione individua: il creditore ereditario può esigere prima dell'aggiudicazione dell'eredità *che questa sia separata dal patrimonio dell'erede, custodita dal giudice o amministrata da un curatore, che sopra di essa sia prenotato il suo diritto, e che sia riconosciuto quanto gli è dovuto.* Dalle quali parole si può desumere che uno solo è il rimedio che accorda la legge, cioè la separazione dei patrimonii, che si pratica appunto colla custodia e l'amministrazione e la prenotazione.

Ma questa prenotazione non può essere l'ipotecaria, perchè, se producesse una ipoteca, si introdurrebbe una esosa differenza tra creditore e creditore ereditario; e d'altra parte l'ipoteca suppone che si lasci al debitore la libera disponibilità del bene ipotecato; nel mentre che l'erede colla separazione viene allontanato dalla sostanza ereditaria. Questa prenotazione può forse praticarsi nei registri tavolari, ma non con effetto ipotecario, ma solo con effetto di sequestro, di pegno pretorio, che giova a tutti i creditori ereditarii che s'insinuano prima dell'aggiudicazione; perchè è massima cardinale della dottrina del pegno pretorio, che il sequestro non attribuisce per sè solo un diritto reale a chi l'impetrò, ma giova a tutti i creditori aventi un titolo d'identica natura (2). In questo riguardo il pegno pretorio, secondo il metodo austriaco della ventilazione ereditaria, avrebbe l'effetto d'un privilegio, ossia di proteggere i credi-

(1) Art. 2097, del Cod. Napoleone, al quale corrispondono l'art. 1967, Codice siciliano: l'art. 2164. Codice parmense: l'artic. 2159. Codice albertino: l'art. 1174. Codice ticinese: l'art. 84, Regolam. ipot. pontificio: l'art. 51 Regolam. toscano: l'art. 2155. Cod. modonese. Nell'art. 2137 del Codice parmense ci ha una disposiziono speciale in proposito. Così nell'art. 2102, del Codice modenese.

(2) Vedi § IX. num. 3 e 4.

ditori ereditarj contro i creditori dell'erede. Che questa annotazione si faccia ne' registri tavolari o negli atti giudiziarii a noi non importa qui di sapere: ciò che importa di accertare si è che quella prenotazione non è l'ipotecaria: chè tale non può essere, perchè non produce l'effetto essenziale di attribuire un diritto reale e la priorità ipotecaria all'uno de' creditori in riguardo agli altri creditori dello stesso defunto. Quindi possiamo conchiudere che tale prenotazione non si potrebbe praticare nei nostri registri ipotecarii, destinati solo alla conservazione delle ipoteche. Attribuendo noi questo senso al § 812 non crediamo che la provvidenza ivi elargita ai creditori sia per essere diminuita. Avvegnachè essi ottengano una garanzia che non è di natura ipotecaria, ma non è meno ferma perciò. E quantunque essi non facciano prenotare il loro diritto nei registri ipotecarj, ma solo negli atti giudiziarii, essi riescono a meraviglia ad impedire che l'erede manometta la sostanza ereditaria in di loro pregiudizio, e che i suoi creditori personali l'affettino d'alcun pegno giudiziale o la distraggano; perchè con quell'annotamento negli atti della ventilazione dell'eredità, l'aggiudicazione rimane sospesa, finchè, dice il suddetto § 812, il loro diritto sia riconosciuto.

Con questo rimedio della separazione l'erede beneficiario, che non è tenuto ai debiti del defunto *ultra vires hereditarias* (1), rimane disobbligato verso i creditori dell'eredità; il quale corollario per la sua evidenza non meritava d'essere formulato, come lo fu, nello stesso § 812. Quindi proseguiamo a dedurre: che, nel caso che la sostanza creditaria non si verificasse bastevole al pagamento, non che alla garanzia dei creditori, questi non potrebbero chiedere nè il pagamento, nè tanto meno l'ipoteca sui beni proprii dell'erede beneficiario, perchè esonerato fu costui dalla separazione richiesta da loro.

Ma se domandassero la garanzia ipotecaria senza aver chiesto la separazione la si dovria concedere?

Nel § 811 del Codice civile parrebbe di sì. Perchè la legge direbbe, argomentandosi dal contrario senso, che il giudice debba provvedere alla *sicurezza* e al pagamento dei creditori ereditarii, quando lo domandino. Ma questa conclusione affermativa ripugnerebbe e al diritto degli altri creditori ereditarj e a quello dell'erede stesso, in quanto che si darebbe facoltà a quel creditore di avvantaggiarsi sugli altri creditori se ottiene un'ipoteca sui beni ereditarj, di avvantaggiarsi a carico dell'erede beneficiario se ottenendo un'ipoteca sul suo patrimonio particolare corresse il pericolo di pagare i debiti del defunto oltre l'utilità delle attività ereditarie. Queste obbiezioni sono verissime; però non sono assolutamente ripugnanti a quella conclusione: la quale perciò patisce solo quelle limitazioni che vi corrispondono. Ossia diremo che l'uno de' creditori potrà ottenere una valida ipoteca anche sui beni ereditarj, quando non fosse annullata *ipso jure* dalla separazione dei patrimonii, che fosse impetrata dagli altri cre-

(1) § penult. Institut. *de hered. qualit. et different.* leg. 22. § 4, Cod. *de jure deliberand.* Voet *in pand.* lib. 28. tit. 8. n. 9. 18. § 802. Codice civ. aust. art. 802. Codice Napoleone.

dilori, ma l'eredità fosse aggiudicata senz' altro all'erede. Varrà pure l'ipoteca ottenuta sui beni proprii dell'erede beneficiarlo, quando non si fosse chiesta la separazione, e questi non avesse convocati i creditori ereditarii a' termini dei §§ 813-815 del Codice civile; perciocchè in tal caso egli sarebbe obbligato con tutto il suo patrimonio; ma con questa ulteriore limitazione, che egli è tenuto personalmente, e quindi varrà quell'ipoteca in quanto che il creditore che l'impetrò avrebbe potuto essere soddisfatto *se l'eredità fosse stata convertita nel pagamento dei crediti secondo l'ordine legittimo.* La materia di quest'ultima limitazione ci è fornita dal succitato § 815.

Avrebbe pure diritto alla cauzione sui beni proprii dell'erede beneficiario il creditore, quando l'erede avesse confusa l'eredità col suo proprio patrimonio in modo che non fosse più possibile una comoda separazione. Tale è l'opinione di Nippel, e noi vi ci sottoscriviamo (1).

Notisi infine, e a modo di conclusione, che per il succitato § 811 il creditore ereditario avrebbe un titolo generale alla cauzione, quantunque gli effetti di essa sieno limitati come vedemmo dalla coesistenza dei diritti degli altri creditori e dell'erede beneficiario. E notisi ancora come con questa conclusione generale si trovi confermato il nostro principio derivativo di tutte le cauzioni; perciocchè i creditori ereditarj hanno appunto tale diritto, perchè non nutrono alcuna fiducia personale verso l'erede.

**6.** I legatarj trovansi per rispetto all'erede nella condizione quasi identica di quella in cui si trovano i creditori del defunto: in quanto che sono creditori del legato senza avere la fede personale nell'erede. Le stesse leggi che invocammo testè pei creditori si applicano ai legatarj. « In tutti i casi, è detto nel § 688 del Codice civile, in tutti i casi nei quali un creditore può esigere la cauzione dal debitore, anche il legatario può esigerla dall' erede ». Quindi i legatarii possono domandare la cauzione all'erede in qualsivoglia caso, sia prima, sia dopo la aggiudicazione. La lezione del § 688 è abbastanza generale per comprendere quella del § 811, ove si dice che il creditore ereditario può domandare in ogni caso la cauzione dall' erede. Per questo non ammettiamo per giusta l'opinione dello Zeiller, cui sembrerebbe che il legatario non potesse domandarla che in caso di pericolo (2). Questo è un principio che il Codice civile e il Regolamento giudiziario hanno consacrato pe'creditori ordinarii: ma pei creditori ereditarj ci ha il § 811 che non accenna a limitazioni di questa specie. In pratica diffatti si concede (3), come attesta Mattei. Però questa cauzione non può chiedersi sopra i beni proprii dell'erede beneficiato per la stessa ragione per cui non lo potrebbero i creditori ereditarii (4). Fra i legati ve ne sono di quelli che non interessano la

(1) Nippel, comento al § 450. n. 1. lett. B. d. Cod. civ. aust.

(2) Zeiller, comento al § 668. num. 1 Cod. civ. aust.

(3) Mattei, al § 668. n. 2.

(4) Carozzi, *Jurispr. del Cod. civ. aust.* tom. 10. cap. 2. num. 24. Mattei al § 812. num. 14. Cod. aust. così fu giudicato da un Tribunal civile di prima istanza con sentenza 8 novembre 1842, confermata in apello e revisione. Gazzetta dei Tribunali di Milano, anno 1852, num. 51.

persona di alcun vivente; ossia il testatore può ordinare all'erede delle opere, sia pel suo sepolero, sia per omissioni, che si debbono osservare, perchè la volontà del defunto è la legge dell'erede, ma la cui osservanza non interessa ad alcun privato cittadino; oppure vi sono de'legati che meritano una speciale protezione del Governo, quali sarebbero i legati pii. Laonde il Legislatore austriaco memore dell'importanza sociale dei testamenti, *publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere* (1), come i Romani al Pretore (2), così egli raccomandò ai giudici di sorvegliare a ciò che i legatari fossero avvertiti delle liberalità del defunto, e gli eredi eseguissero la volontà del medesimo, o prestassero cauzione per l'adempimento (§ 817 del Codice civile): specialmente in riguardo ai legati pii non rilasciassero l'aggiudicazione prima che risultasse del loro soddisfacimento (3).

Anche nelle altre legislazioni, sebbene in maniere diverse, si providde alla garanzia dei legati.

Presso gli antichi il legato puro d'una cosa speciale bastava a trasferire la proprietà di essa nel legatario (4); ma per riguardo ai legati condizionali d'una cosa in natura, o di un determinato valore il Pretore romano ingiungeva all'erede di dare cauzione, *ut quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat.... Nec sine ratione* soggiunse il commentatore dell'Editto, *hoc Prætori visum est; siculi hæres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti; sed aut satisdabitur ei, aut si satis non datur, in possessionem bonorum venire Prætor voluit* (5). A queste disposizioni surrogò Giustiniano l'ipoteca per legge su tutti i beni lasciati dal defunto (6), e fu una necessaria, sebben disastrosa provvidenza, in un tempo in cui le ipoteche tacite e generali che gravavano i beni dell'erede toglievano ai legatarj e fedecommissarj la possibilità di utilmente provedere al godimento de'loro diritti.

La legislazione francese nell'articolo 2111 del Codice Napoleone accorda ai legatarj, che domandano la separazione dell'eredità dal patrimonio dell'erede, un'ipoteca sopra i beni immobili dell'eredità; la quale ipoteca, se viene inscritta sopra ciascuno di questi beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione, diviene privilegiata in confronto alle ipoteche costituite dagli eredi; non può nuocere però alle pretese

(1) Leg. 5. Dig. *testament. quemadm. aperiant.*

(2) Leg. 1. Dig. *si quis omissa causa testam.*

(3) Notificazione govern. lombarda 26 ottobre 1836. Mattei e Basevi al § 817.

(4) Leg. 80. Dig. *de legatis.* 2. Leg. 64. Dig. *de furtis.*

(5) Ulpian. in leg. 1. Dig. *ut legatorum seu fideic. servand.* et toto titulo, cum sequenti: et ibi Voet: Paul. *Sentent.* lib. 4. tit. 1. § 15. Leg. pen. Dig. *de separation.* Leg. 1. Cod. *ut in possess. seu fideic. serv. causa mitt.*

(6) Leg. 1. Cod. *communia de legatis.* Neguzanzio *de pignor.* par. 2. mem. 4. n. 158. Bachovio, *de pignor.* lib. 1. cap. 10. n. 5.

dei creditori ereditari (1). La piemontese nell'articolo 2211 del Codice albertino accorda lo stesso privilegio, salvo che l'inscrizione deve essere presa solo entro 3 mesi; e soggiunge nell'articolo 2213, che questo privilegio quando sia inscritto nel termine suddetto non può essere pregiudicato dalle ipoteche, le quali fossero state inscritte sullo stesso fondo nel termine medesimo.

Conservarono nella sua integrità la disposizione francese il regolamento ipotecario di Romagna negli articoli 83, n. 4.° 97 e 98; il Codice delle due Sicilie nell'articolo 1997.

Nel Codice di Parma (articoli 2155, 2176) questa medesima ipoteca privilegiata dev'essere inscritta entro quaranta giorni dopo che fu aperta la successione. Nel regolamento ipotecario di Toscana questo privilegio si confonde parimenti col benefizio della separazione dei patrimonii; quindi ha effetto solo in riguardo ai creditori dell'erede e ai creditori del defunto, che non lo avessero pur essi domandato; e dev'essere a tal fine inscritto entro il semestre decorribile dal dì della aperta successione, (articoli 20-28 e 41). Lo stesso beneficio della separazione, col privilegio che nasce dall'inscrizione da farsi nel termine di tre mesi, è pure accordato ai legatarj dal Codice modenese negli articoli 2095 e 2098.

Non così nel Codice del Canton Ticino, nel quale, all'articolo 1152, si concede al legatario una semplice ipoteca e speciale, la quale, come tutte le altre ipoteche legali, non conta come vera ipoteca che dal momento, dell'inscrizione, e non iscritta vale come privilegio che primeggia sui crediti chirografarii; colla qual cosa s'avvicina di molto alla legge austriaca, come quella che somministra al legatario un nudo titolo alla cauzione, quindi alla prenotazione. E sì l'una che l'altra legge sono preferibili alla francese, perchè non imbarazzano il sistema ipotecario d'un privilegio che per sei mesi toglie all'erede di poter offrire a' suoi creditori un sicuro collocamento ipotecario sull'acquistato retaggio. Privilegio d'altronde che in quell'imperfetto sistema è necessario per due motivi: l'uno per impedire il concorso delle ipoteche generali che preesistono a carico dell'erede; l'altro perchè, acquistando l'erede colla semplice adizione la proprietà assoluta dei fondi ereditarj, potrebbe aggravarli de'suoi debiti personali prima che il legatario avesse tempo, non che d'inscrivere, nemmeno di conoscere il suo legato. Ma nel nostro sistema, nè ci hanno le ipoteche generali che affettano i beni futuri, nè l'erede acquista la proprietà prima dell'aggiudicazione, nè il giudice gliela accorda senza prima accertarsi che l'erede avesse avvisato i legatarj del diritto loro devoluto per la liberalità del defunto, come è disposto letteralmente nel § 817 del vigente Codice civile.

(1) Merlin, Repert. *hypothèque*, sect. 2. § 3, art. 4. num. 5. Chiesi, Sist. Ipot. n. 466. Così anche Voet in riguardo all'ipot. legale del Diritto comune: in pand. lib. 20. tit. 2. n. 21. Articolo 2157 del Cod. civ. parmense; art. 2154 del Codice modenese.

L'obbligo della cauzione, ne'termini in cui è dovuta al legatario, dovrebbesi pure ammettere anche in favore delle donazioni per causa di morte; le quali sono paragonale al legato, e per il § 956 del Codice civile, e dal Diritto antico secondo la sentenza d'Ulpiano: ***quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum*** (1).

L'erede necessario, a cui fosse stata lasciata la porzione legittima sotto forma di legato, per la identica ragione dovrebbe essere ammesso a chiedere la cauzione mediante prenotazione ipotecaria anche dopo l'aggiudicazione. Essa fu in fatti accordata in I.ª Istanza, e confermata dall'Appello veneto con suo decreto 6 maggio 1852 (2). Nel mentre che se la legittima non fosse stata lasciata sotto di questa forma, non avria il legittimario nè diritto nè bisogno alcuno d'una cauzione ipotecaria; essendo che egli va considerato come qualsiasi erede, ed ha una comunela di diritti ereditarii con essi. Il che fu giudicato tra gli eredi di Martino Cova col decreto di I.ª Istanza 21 agosto 1850 confermato in Appello con decreto 17 settembre prossimo successivo (3). E fatta astrazione dall'autorità di quei giudicati, il § 786 del Codice civile basta a stabilire che il legittimario è coerede: e tale deve considerarsi poichè la sua quota è una parte in relazione al tutto; la qual nozione pel § 535 costituisce la nozione di erede e non quella di legatario. Nè fa ostacolo la Sovrana Risoluzione 2 gennajo 1844 che per motivi d'ordine pubblico, ossia ad impedire la soverchia suddivisione della proprietà, toglie ai legittimarj il diritto di pretendere l'assegno di loro quota sui beni in natura, perchè anzi quest'eccezione conferma la nozione annessa alla legittima; la quale, se fosse stata dalla legge paragonata a una semplice passività della massa, non avria nè statuita la regola generale del suddetto § 786, nè si saria accontentata ad una disposizione così speciale.

**7.** Nascono talvolta tra i precedenti creditori e debitori de' rapporti contrarj di debito e credito, cagionati dalla precedente posizione loro, e non accompagnati da alcun credito personale, come avviene quando un debitore pagando ciò che deve, ha per conseguenza di questo suo fatto un diritto eventuale contro il creditore dimesso. Ne'quali casi quelle loro accidentali pretese, dissociate da ogni fiducia personale, meritano dalla legge una speciale garanzia e sanzione.

Il § 602 del Codice civile ci esibisce un'analogo esempio, nel quale viene in acconcio l'applicazione del nostro generale principio.

(1) Leg. 37. Dig. *de mortis causa donation*. Legge ultima, in fin. Codice *de donatione causa mortis*. Institut. in princ. *de donationibus*. E nella soggetta materia Neguzant. *de pignor*. par. 2. mem. 4 n. 25. Card. Mantica, *de tac. et amb*. lib. XI. tit. 12. num. 16. Bachovio *de pignor* lib. 1. cap 10. n. 6. dicono che l' ipoteca legale conceduta ai legatarj spetta pure ai donatarj per causa di morte.

(2) Giorn. di Giurispr. pratica di Venezia an. 5. 1852. num. 12-13.

(3) Gior. di Giurispr. prat. di Venezia an. 5. 1852 num. 12 13. pag. 181

« Non bastando l'asse ereditario al pagamento de'debiti e di altre spese d'obbligo, ed a soddisfare tutti i legati, questi si diminuiscono in proporzione. Perciò l'erede, finchè sussiste questo pericolo, non è obbligato al pagamento dei legati *senza cauzione* ».

Non trovo nelle leggi romane che si fosse fatta menzione di questa nuova specie di cauzione legale. È però celebre la cauzione Muciana che si dovea interporre nel caso, che, essendo stato lasciato un legato sotto condizione risolutiva, come per esempio che il legatario si astenesse dal fare una cosa, e non potendo il legatario ripetere il legato in niun modo finchè vivesse, perchè fino a che vivea potea col proprio fatto dar luogo all'avvenimento della condizione risolutiva, gli fu accordato il diritto di ripetere tosto il legato, purchè prestasse cauzione di restituire il legato co'suoi frutti nel caso che fosse per lui avvenuta la condizione risolutiva (1).

La legge austriaca ha provveduto diversamente in questo caso, perchè nel §§ 708 e 613 del Codice civile concede bensì l'immediato godimento della cosa lasciata sotto simile condizione, ma con un diritto di limitata proprietà, cioè coi diritti e gli obblighi d'un usufruttuario. In quanto poi l'usufruttuario sia obbligato alla sua volta di dar cauzione sarà mostrato in appresso.

Frattanto colla disposizione del succitato § 692 constatiamo come la legge positiva abbia tradotto in pratica quel principio generale che abbiamo premesso a tutta la materia delle cauzioni.

Un'altra applicazione dello stesso principio fu fatta nel § 890 del Codice civile, ove si dice che un debitore d'una cosa indivisibile non è obbligato a consegnarle ad una tra più persone che vi hanno diritto, senza che quella gli desse cauzione, affine di guarentirsi dal dissenso degli altri creditori. In questo rapporto, come in quello del caso precedente, non ci ha, e poteva anche non esserci mai stato alcuna fiducia personale: l'erede adunque e il debitore hanno diritto alla cauzione.

Parimenti nel § 1428 del Codice civile si ha un'altro caso di cauzione legale. Se il documento di debito, che il creditore deve restituire all'atto che viene soddisfatto, è smarrito, quegli che paga ha diritto di esigere la cauzione, ovvero di depositare in giudizio quanto deve e di domandare che il creditore faccia ammortizzare il documento del credito.

Un simile esempio ci ha pure nella prescrizione del § 525 del Regolamento giudiziario in riguardo alla rifusione delle spese della lite provocata da un attore, il quale nella provincia ove dovrà agitarsi la causa non sia notoriamente provveduto di sufficienti facoltà. Però da questa cauzione si può sottrarre talvolta l'attore coll'offerire il giuramento della povertà.

(1) Leg. 7, 18, 67, 72, 73 e 79. § 3, Dig. *de condition. et demostrat.* Oinotomo, *in institut.* lib. 3. tit. 16. § *si quis ita,* num. 2. Voet, in pand. *de condition. institut.* n. 6.

8. Un'altro e notabile esempio di cauzione legale è quello che deve prestare il proprietario della casa minacciante ruina. Fu questa una delle più gravi limitazioni che l'autorità pubblica avesse frapposto all'egoismo della privata proprietà; e il Pretore romano fu quegli che la trovò, costringendo colla stipulazione *damni infecti*, ossia del danno non ancora arrecato ma temuto, il vicino proprietario di un'edifizio o d'un opera che minacciasse colle sue rovine di offendere la proprietà altrui circostante ad obbligarsi formalmente d'indennizzare il vicino della possibile ruina (1): col che si adombrava quel diritto sociale privato per cui il proprietario deve nell'esercizio de' suoi diritti aver continuo riguardo al principio della coesistenza, e far sacrifizio d'una parte de' suoi attributi all'utilità degli altri cittadini. Imperocchè, se il proprietario d'una casa ruinosa, la cui caduta avria seppellito la casa del vicino co'suoi abitatori, avesse potuto valersi della dialettica delle scuole, che definirono la proprietà il diritto d'uso e d'abuso, e niegarono che i doveri giuridici fossero positivi, il vicino non avria potuto far altro che disertare la propria abitazione, ed aspettarne la inevitabile distruzione; la quale accadendo non avria nemmeno potuto querelarsi del danno, come quello che fu cagionato da un caso fortuito: e non avria nemmeno potuto costringere il proprietario delle ruine a spazzare la sua area dai ruderi, quando egli stesso li avesse per abbandonati: *evenit*, scrisse Gajo, *ut nonnunquam damno dato nulla nobis competit actio, non interposita antea cautione: veluti si vicini ædes ruinosæ in meas ædes ciderint: adeo ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse ut rudera tollat, si modo omnia quæ jaceant, pro derelicto habeat* (2).

Ma il Gius onorario che riformò le leggi antiche col salutare principio dell'utilità pubblica (3), costrinse il possessore dell'edificio ruinante a riconoscersi obbligato mediante formale stipulazione alle conseguenze dell'instante pericolo, ed a dare cauzione se professava di possedere per altri, come il fruttuario (4). *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo*, leggevasi nell'Editto. *Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur, postulabitur, ire, et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo: ut tantum præstet, quantum præstare eum oporteat, si de ea re ex decreto meo... cautum fuisset* (5).

Questa disposizione venne tradotta nel Codice civile, ma con una importante modificazione: poichè nelle leggi antiche bastava stabilire l'obbligazione civile a risarcire un danno che era in apparenza cagionato da un caso fortuito, e non cadeva perciò nella sanzione della legge Aquilia (6);

(1) Gajo in leg. 2. Dig. *de damno infecto.*
(2) Leg. 6. Dig. *de damno infecto.*
(3) Papiniano in leg. 7. Dig. *de just. et jure.*
(4) Zoesio, in pand. *de damno infecto.* n. 17.
(5) Leg. 7. Dig. *de damno infecto*
(6) Leg. 7, § 1, Dig. *de damno infecto.*

nel mentre che la legge austriaca procedè d'un passo autorizzando colui, che teme il danno eventuale, ad esigere una cauzione per il conveniente indennizzo. Leggesi al § 343: « potendo il possessore di un diritto reale provare che un edificio di già esistente, o qualche altra cosa di pertinenza altrui minacci rovina e gli faccia temere un manifesto danno, può fare giudiziale istanza per la cauzione, se dall'autorità politica non fosse già stato sufficientemente provveduto alla pubblica sicurezza. » Per tal modo la nostra legge stabiliva *a priori*, e senza bisogno di una stipulazione espressa, che il proprietario fosse obbligato a risarcire il danno derivabile dalle ruine de' suoi edificii o de' loro accessorii: in secondo luogo gli ingiungeva l'obbligo della cauzione o dei rimedj preventivi per accertare in tempo utile l'indennizzo.

La legge francese nell'articolo 1386 stabilì in massima che il proprietario d'un edifizio è tenuto per i danni cagionati dalla ruina di esso, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza della riparazione o per un vizio nella costruzione: ma non concedette a colui che teme la ruina una preventiva assicurazione. Così è pur disposto nell'articolo 1340 del Codice siciliano, nell'articolo 2089 del Codice parmense. La legge sarda cogli articoli 1504 e 1505 corre sulle pedate della legge austriaca, accordando in tempo un provvedimento utile, che dopo la ruina forse non si potria con eguale sicurezza procacciarsi. Li stessi provvedimenti furono dati negli articoli 1397 e 1398 del Codice civile di Modena.

Le cause materiali di codesta cauzione sarebbero, come si è detto, lo stato minaccioso di ruina e di pericolo di un'edifizio qualunque, sia d'abitazione, di ornato, che di campagna (1), compresovi li acquedotti, li scavi ed ogni opera relativa alla irrigazione (2). La legge soggiunge o *di qualche cosa di pertinenza altrui*: quali sarebbero le piante, le statue, le gronde che colla loro caduta potrebbero danneggiare il vicino (3).

Ma la minaccia della ruina e del danno dee dipendere o dal solo vizio dell'opera, o insieme da esso e dal vizio del luogo; che se dipendesse dal solo vizio del luogo o dall'azione impreveduta degli elementi estrinseci, non saria il proprietario tenuto nè al danno, nè alla preventiva cauzione; come avverrebbe se un edifizio corresse pericolo di cadere per la violenza d'un' inondazione, per la scossa d'un tremuoto, o per la frana d'un monte (4). Della qual cosa Labeone, secondo Ulpiano, ei dà questa ragione: *quod si hoc non admittatur, iniquum erit: quod enim tam firmum ædificium est ut fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut ruinæ, incendii aut terræ motus vim sustinere possit?* E a Servio parimenti sembrò che non si è tenuti alla stipulazione del danno se una casa cadè, o per una subita inondazione, o perchè l'acqua ne avesse rose le fondamenta (5).

(1) Leg. 19. Dig. *de damno infecto.*

(2) D. l. 7. e leg. 30. Dig. *de damno infecto.* Pecchio *de Aquæductu*, lib. 4. quæ. 37. n. 7, e segg.

(3) Mattei, al § 343. n. 2. Cod. civ. aust.

(4) Arg. dalla leggo 24. Dig. *de damno infecto.*

(5) D. l. 24 § 4 e 5.

Questo diritto alla cauzione compete secondo la legge vigente al possessore di un diritto reale; e, secondo una regola ricevuta in giurisprudenza, non si può attuare che in difetto di altre provvidenze (1), quindi l'affittuario e l'inquilino non potrebbero domandarla al locatore, avendo essi le ordinarie azioni ed eccezioni derivanti dal loro contratto: il socio non potria esperirla contro il socio, potendo provvedere da sè alle riparazioni, ripetendo poscia la quota di rimborso dal socio (2); potria però chiederla al vicino estraneo (3).

Ma lo potria il creditore ipotecario? Ulpiano lo afferma (4). Egli è certo che il creditore ha un diritto reale sulla cosa ipotecata, e d'altra parte la legge ha voluto che potesse esperire questa azione il possessore della cosa non solo, ma ben' anche il possessore del diritto reale. Però a me sembra che il creditore nol potrebbe che dopo il pignoramento giudiziale, col quale soltanto acquista il possesso immediato del fondo coll'autorità del giudice; e prima d'allora non potria propriamente stabilire la realità del suo diritto, in modo da renderlo efficace contro i terzi (5).

Non si dee infine pretermettere che la cauzione da impetrarsi non debba essere perpetua, ma limitata a un tempo determinato; chè altrimenti non ci saria quella sovrastanza di pericolo, che è fondamento di quest'azione; e, come è detto da Ulpiano: *neque enim in infinitum obbligatus esse debet stipulatione;* epperciò quando le parti non s'accordino dev' essere fissato un termine dal giudice, *æstimatione habita ex causa et ex qualitate ejus damni quod contingere speratur* (6).

Questa cauzione non potria essere domandata quando l'autorità politica nell' interesse pubblico avesse sufficientemente provveduto anche all' interesse dei privati, nel qual caso mancheria ogni ragione di pretesa.

**9.** Il bisogno d' una garanzia può essere provocato non solo dallo stato precedente di una viziosa costruzione d' un edifizio, ma lo può essere ancora da una nuova opera, la quale nuocesse alle pretese reali di un terzo sulla stessa cosa, o sulla proprietà di un fondo attiguo: come si dimostra nei §§ 340 e 341 del Codice civile, ove si legge «se il possessore d'una cosa immobile o d' un diritto reale corresse pericolo d'essere pregiudicato ne'suoi diritti colla costruzione d'un nuovo edifizio, d'un'opera d'acque, o d'un altra opera, senza che l'imprenditore di esse abbia in di lui confronto osservate le cautele prescritte dal generale Regolamento giudiziario, il possessore ha il diritto di domandare il divieto di

(1) Bartolo, ad leg. 32. Dig. *de damno infecto*. Zoesio, ad d. tit. num. 9. Voet, in pand. eod. tit. num. 1. Mattei, al § 343. n. 1.

(2) D. Leg. 32. 39. Dig. *de damno infecto* Zoesio, ibid. num. 11.

(3) Institut. lib. 3. tit. 2. § 4. 19.

(4) Leg. 11. Dig. *de damno infecto*. Mattei, al § 343, num. 3.

(5) Vedasi lo stesso argom. nel § XLVI, num. ult.

(6) Leg. 13. in fin. Dig. *de damno infecto*. Zoesio, loc. cit. num. 16. Voet, loc. citato num. 8.

simile innovazione dal giudice, il quale deve decidere il caso colla maggior sollecitudine. — Di regola il giudice non ha da permettere la continuazione dell'opera prima della decisione della causa. *In pendenza di essa tale continuazione non è a concedersi, se non nel caso di un vicino manifesto pericolo, o quando la parte che fa eseguire l'opera presta idonea cauzione di rimettere la cosa nello stato pristino, e pel risarcimento del danno;* e l'altro che domanda la proibizione dell'opera stessa, non presta nell'ultimo caso dal canto suo un'eguale cauzione per le conseguenze del domandato divieto. » Ciò che è disposto in questi §§ riguardo alla costruzione d'una nuova opera, nel seguente § 342, si applica anche alla demolizione d'un edifizio vecchio, o di un altra opera.

Queste disposizioni, adottate negli articoli 1306 e 1307 del Codice civile di Sardegna e negli articoli 1399 e 1400 del Codice modenese contemplano il caso della *contraria denuncia* (1), ossia della opposizione fatta da chi ha interesse contro colui che edifica o distrugge un'opera sul proprio o sull'altrui fondo. Siccome, nel mentre che fervono i lavori non si può sempre ad essi soprasedere, o continuare nell'opera, o disfare il già fatto, senza cagionare un danno e un pericolo irreparabile, e per l'osservanza de' precetti di procedura giudiziaria si verrebbe a sprecare dei valori, e a disporre preventivamente di un diritto che non è ancora constatato, così la legge ha stabilito bensì la regola generale che il giudice intervenendo ne' litigi debba sospendere l'opera, ma per riguardo a taluna di queste circostanze, tanto per la sospensione medesima, che per l'ulteriore continuazione, autorizza questo sistema di reciproche cautele.

Nel caso che ambedue le parti offrissero un'idonea cauzione, il reo cioè per gli effetti della continuazione e l'attore per la sospensione, quale de' due dovrà essere in preferenza ascoltato? Mattei opina che debba essere preferito quegli che dà una cauzione più idonea, quindi chi dà un'ipoteca a chi non offre che una fidejussione (2). Ma Basevi osserva che la legge nel testo tedesco direbbe che chi si oppone alla continuazione dell'opera debba dare una cauzione *simile*, a quella di colui che pretende la continuazione; e quindi non fa bisogno che la cauzione offerta da colui sia egualmente idonea di quella offerta dal costruttore (3). Il contesto del § 432, che dà per regola generale la sospensione dei lavori, parmi che subordini l'eccezione al caso che l'opponente non presti cauzione: epperciò se ei la presta, deve la sospensione essere decretata.

**10.** Nel novero dei titoli legali di cauzione comprende Nippel quello del caso seguente. « Per la disposizione del § 230 del Codice civile, dice il

(1) Il Mattei nel suo dotto commento al Codice civ. aust. sotto questi §§ 340, 342, ci dà una netta idea storica di questa *denuncia* delle nuove opere: la quale per rispetto a quella dei §§ 68 e 69, del Reg. Giud. io la chiamerei la *denuncia contraria*.

(2) Al § 432, num, 15.

(3) Al § 432.

lodato commentatore, le somme appartenenti ai minori possono collocarsi a frutto soltanto contro legittima cauzione. Se taluno ha scientemente ricevuto a mutuo del denaro di spettanza di un minorenne, è tenuto a darne anche la cauzione, quantunque non si fosse convenuta l'ipoteca od una cauzione in genere, anzi quand'anche la garanzia fosse stata esclusa per patto speciale: perocchè le parti non possono contravvenire all'espresso ordine d'una legge che in tal modo dispone. » (1)

È questo un caso che appartiene alla categoria di quelli nei quali manca assolutamente la fiducia personale: perchè, se non fosse altro che per legge, il minorenne non può aver fiducia verso i terzi, e il tutore non può contrarre simili affari senza la partecipazione consensuale del giudice pupillare (2).

Dopo i molti esempii che abbiamo allegati, come desunti dalle viscere stesse del nostro Diritto civile, ci sembra dimostrata con una certa sicurezza la verità obbiettiva del nostro principio generale, per cui in quei rapporti creditorii, pei quali manca affatto ogni rapporto di personale fiducia, subentra il diritto d'una artifiziale garanzia. Si può ben concedere che vi può essere qualche caso che noi avessimo ommesso perchè è malagevole assai di riescire a trovare e proporre tutti i casi possibili, tutte le possibili combinazioni. Quindi non azzarderemo di dire che la legge positiva li abbi tutti sistemati col nostro principio. Sarebbe stoltezza che il privato giureconsulto pretendesse all'assoluta certezza delle sue opinioni. Ma ci basta di constatare, e l'abbiam fatto con quella massima diligenza che per noi si potea, come in tutti i casi particolari che sapessimo confacenti all'argomento in discorso, abbiamo trovato il Legislatore perfettamente concorde, o per meglio dire trovammo che il principio preposto corrispondesse a quella probabile intenzione che avria determinate le prescrizioni particolari della legge.

E non sia soverchio l'insistere sulla verità positiva del nostro principio, perciocchè in pratica è contrastato e disconosciuto da molti ed eccellenti fra i coetanei giureconsulti, specialmente nel luogo ove si sovrapone alla materia delle prenotazioni, come vedremo a suo luogo. Frattanto possiamo accertarci della sua obbiettività per quello che si è detto.

Ma fin qui non trattammo che d'una parte; ci resta ad esaminarla in quell'altra, cui destinammo la seconda sezione: che cioè il creditore ha diritto alla artificiale garanzia quando per circostanze posteriori gli venne meno la garanzia naturale, cioè la personale fiducia.

**11.** Quanto è ovvia l'applicazione del principio preposto nella precedente sezione: ci riesce altrettanto difficile e dilicata nell'altro caso in cui i rapporti creditorj avessero avuto a principio la natural garanzia della fede personale, e l'avessero per qualsivoglia causa perduta in processo

(1) Nippel, Comento al § 450: lett. B, a.

(2) Vedi il successivo § XII.

di tempo. Essendo che torni assai più spedito il non vedere alcuna personale fiducia in rapporti creditorii contratti quasi a caso, che non lo constatare se, e quando questo benefico sentimento abbi cessato di avvicinare e collegare il creditore al debitore. Chi potrà con cognizione vera di causa persuadersi, che cotal fiducia sussista tuttavia, o sia veramente cessata, ove non si dicesse che alcuno possa scrutare nel cuore e ne' pensieri del creditore? La fiducia non s'impone sempre per motivi estrinseci, per altrui commendatizie, per persuasioni altrui: ella è piuttosto un'opinione che una cognizione: è affatto subbiettiva e incomunicabile fuori del soggetto. Ella può essere distrutta per mille apparenze, per svariatissimi motivi, che non sempre si possono esattamente constatare dallo stesso creditore, ma che valgono a raffreddare li affetti dell'amicizia, la stima dell'onest'uomo, la confidenza nella sua fortuna, e il lasciano quindi in balia ad una profonda inquietudine pel pericolo di perdere le sue sostanze affidate all'arbitrio altrui: di vedersi deluso nelle sue aspettative, tradito della sua confidenza, e nello stesso tempo respinto dall' ingerirsi nell'economia domestica del debitore, impotente ad arrestarne le dilapidazioni, e i raggiri; impossibilitato a ricuperare il suo capitale, perchè vi osta una lontana scadenza.

Egli ha dunque un urgentissimo bisogno di garanzie che lo assicurino in questa trepidazione, in questo imminente pericolo.

Ma questo bisogno è sempre un diritto? Si: se dovessimo rispondere in tesi generale astratta: quando cioè questo bisogno fosse sufficientemente constatato.

Ma non è facile ottenere questa dimostrazione: e spesse volte accadrebbe che quel bisogno servisse di pretesto a un maltalento, onde discreditarne il debitore, e fors'anco rovinarlo spargendo l'allarme nel mondo commerciale. Se è preziosa la fiducia, questo seducente attestato della moralità e della potenza, è altrettanto doloroso e funesto il discredito, perchè paralizza l'ingegno più inventivo, l'attività più ferrea, isterilisce ogni soave aspirazione, distrugge ogni rapporto, scompone quella coesione che si dice società, distrugge quelle leggi che informano la vita civile. Ma ad onta di questi contrarii effetti è sempre pur vero, almeno in astratto, quel principio, che ove non ci ha fiducia, non ci può essere rapporto creditorio: la stessa fede de' contratti diverrebbe il più funesto flagello, ove non fosse sistemata col sostituire alla fiducia che la motivò, e scomparve, un prudente artifizio nelle cauzioni. Pure la contrarietà degli interessi è qui troppo grave perchè vi si possa baldanzosamente trascorrere scegliendo l'uno a preferenza dell'altro, sacrificando la sicurezza de' creditori alla indennità de' debitori, o questa a quella. Quistione difficile, e più ancora difficile perchè poco agitata nel foro nel suo momento speculativo, e perchè nella pratica l'un termine è avversato da chi s'argomenta colla nuda ragione, e l'altro termine è tradotto nei fatti, nella consuetudine e nell'istinto economico; ed è più ancora scabrosa perchè tutti

i sistemi legislativi e specialmente il nostro oscillarono da' gran tempo tra l'uno e l'altro incerti e peritosi fra cui scegliere.

Perciò noi dobbiamo procedere colla massima circospezione, sì nel propugnare la difesa de' creditori, e secondare in essi le velleità del credito attivo, che nel proteggere la buona fede, l'onestà, la fortuna e l'onore de' debitori, la consistenza della fiducia passiva.

E ben cautamente possiamo procedere, perchè seguendo lo sviluppo storico del Diritto civile austriaco possiamo passare dall'esame di quest'ultimo sistema a quello del primo. In questa sezione seconda, noi vedremo il Codice civile e il Regolamento giudiziario parteggiare pe' debitori, in questo che concedono al creditore di confortare della garanzia artificiale il suo credito quando gli venne meno la fiducia personale, però con questa limitazione ch'egli dimostri in qualche modo plausibile il fatto dello svenimento della sua fiducia.

Nel Capo, ove trattiamo delle prenotazioni, vedremo la legislazione nostra svilupparsi con energia salendo al primo sistema, cioè la vedremo concedere la cauzione ipotecaria anche allorquando il mancamento posteriore della fiducia non fosse dimostrato quanto importerebbe alla larga indennità de' debitori.

E con questo doppio esame, giova ricordarlo, trarrà un efficace lume di persuasione il nostro principio deduttivo di tutte le cauzioni legali.

**12.** La prima e più grave delle specie, che compongono questa seconda categoria, è quella de' rapporti creditorii per l'amministrazione de' patrimonii appartenenti ai minori e alle altre persone impotenti a regolare da sè medesime gli affari proprii.

Allato agli organismi della patria e maritale podestà, le leggi civili sistemarono per tempissimo gli organismi delle tutele e delle cure, nei quali l'attività e l'autorità giuridica dei tutori e curatori supplisse a quel mancamento di attività e di libertà che si riscontra nelle persone non mature per la tenera età o per debolezza morale (1). Ma le provvidenze legislative non sarebbero riescite a buon esito nella pratica applicazione, se non si fosse ordito un sistema di guarentigie, che assicurasse il di loro scopo, impedendo che la cupidigia degli amministratori facesse dell'interesse degli amministrati uno sgabello alla propria fortuna.

Noi abbiamo nella Introduzione dimostrato colla storia delle ipoteche occulte, come le diverse legislazioni, specialmente la romana, la francese e la napoletana, raccomandando l'interesse degli interdetti e la suprema garanzia de' medesimi nell'ipoteca sul beni degli amministratori, nascesse in tutto il sistema ipotecario un deplorabile sconcio: che si sarla evitato quando la sicurezza degli incapaci si fosse fatta dipendere da più risorse insieme. Alla legge austriaca ed alle altre legislazioni germaniche si deve

(1) Vedremo nel seguente § XII di questi stessi organismi in ciò che riguarda la facoltà d'amministrare e di vincolare ad ipoteca il patrimonio delle persone incapaci.

felice pensiero di aver provveduto sapientemente all'incolumità dei patrimonii degli interdetti, e nello stesso tempo d'avere sbarazzato il sistema ipotecario dalle piaghe mortali delle ipoteche occulte. La legge nostra prescrisse una prudente amministrazione, assegnando una parte distinta della medesima al giudizio pupillare e al tutore, al contutore, al curatore, e nei limiti delle rispettive attribuzioni caricò ciascuno della propria parte di responsabilità, di maniera che l'amministrato avesse modo di rimediare utilmente a tutti gli abusi, e dall'altra gli amministratori non fossero spaventati, e le loro sostanze rimanessero libere dall'incubo della ipoteca legale occulta. Prima cura del giudice dev'essere quella di verificare l'importo del patrimonio del minore, mediante l'apposizione de' sigilli sulle cose mobili, e la confezione d'un inventario, cioè della esatta descrizione e della stima dei beni del minore (§ 223 e 224 Codice civile austriaco); poi di assicurarne l'esistenza rivocando in propria custodia il numerario, le gioje, gli effetti preziosi e tutti i documenti di importanza (229): non lasciando al tutore che ciò che è strettamente necessario all'economia domestica del pupillo (§ 230): realizzando tosto il valore di quegli effetti che non meritino d'essere conservati o all'uso del minore o al decoro della casa (§ 231).

Distingue poscia la legge vigente la amministrazione degli affari di maggior momento da quelli dell'ordinaria economia. Il tutore perciò senza l'autorità del giudice non può ripudiare o adire puramente una eredità: alienare i beni affidati alla sua amministrazione: dare la disdetta per la restituzione d'un capitale impiegato con legale cauzione: cedere un credito: transigere una lite: intraprendere, proseguire e terminare una fabbrica commerciale, un negozio od altro stabilimento d'industria; ricevere verun capitale del minore allorchè viene restituito (§ 233, 234).

Il giudice deve provvedere all'impiego del danaro giacente, prima nella dimissione dei debiti, poi collocarlo utilmente in altro modo, e, non potendosi fare un uso più proficuo, collocarlo a frutto sopra un banco pubblico, od anche presso i privati verso sicurezza legale (§ 230). Gli immobili non possono essere alienati anche coll'approvazione del giudice, se non nel solo caso di necessità o di evidente vantaggio del minore (§ 232).

Per tal modo tutto il patrimonio pupillare è messo sotto gli occhi del giudice, e l'autorità del tutore non può manometterlo nella parte sostanziale. Che anzi l'arbitrio suo è più strettamente raffrenato in ciò, che il giudice stabilisce un preventivo delle spese di mantenimento del minore, ed ogni anno il tutore dee presentare al giudice un generale rendiconto della sua gestione, i bilanci de' negozii, e tutte le carte giustificative (§§ 238-242); epperciò il giudice può essere avvertito in tempo delle deteriorazioni della sostanza, della negligenza e dell'obbliqua cupidigia del tutore, e può efficacemente dar mano alle altre provvidenze del suo ministero.

Il giudice ha un altro mezzo per assicurarsi della fedeltà del tutore:

poichè se gli consta che amministri in modo contrario a' suoi doveri, può dimetterlo dall'ufficio (§ 254).

Ma il caposaldo del sistema tutelare della legge austriaca consiste non nel solo raccomandare la propria osservanza allo zelo cittadino del giudice, ma col determinare l'animo di questo all'adempimento de' suoi doveri, dichiarandolo responsabile, in mancanza d'ogni altro mezzo di risarcimento, ed obbligato a riparare il danno cagionato al minore dalla propria trascuranza (§ 265). Il che produce una salutare circospezione nel deliberare, un'attività grande nel sorvegliare le opere de' tutori, una sicurezza preziosa pei patrimonii de' minori: di maniera chè il sistema vigente risponde meglio d'ogni altro al fine della instituzione, e non è cagione che per causa sua venga alterato il sistema ipotecario, vincolata la sostanza del tutore, inceppate le transazioni, e convertito per l'onesto uomo il benefico ufficio della tutela in una delle più gravose cariche sociali.

Questo organismo tutorio esclude anzi la necessità delle ipoteche legali, perchè le limitate attribuzioni amministrative del tutore, e la sorveglianza del giudice possono dispensare dall'aggravarlo di fastidiose garanzie. Quindi avvenne che la legge nel § 237 del Codice civile ha potuto stabilire che *il tutore quando assume la tutela non è obbligato a dare cauzione. Non lo è del pari anche in seguito fino a tanto che osserva esattamente tutto ciò che la legge prescrive per la sicurezza del patrimonio, e finchè rende regolarmente i conti nei tempi stabiliti.*

Ed a questo modo la legge ha consecrato si può dire scrupolosamente il principio superiore delle cauzioni: perciocchè obbliga il tutore a prestarla solamente quando desse cagione di diffidare dell'onestà e diligenza sua; quando i rapporti personali di fiducia tra l'autorità tutoria e il tutore venissero per colpa di costui a cessare.

Quello che si è detto della tutela, si riferisce parimenti all'amministrazione de' beni de' minori, sia in riguardo al padre (§ 149-152), che ai curatori che si deputano ai minori in riguardo ai beni situati in una provincia diversa da quella ove abita il tutore, oppure negli affari ove ci sia collisione tra il padre o il tutore e il minorenne; ovvero pei mentecatti, gli imbecilli, i nascituri, i sordo-muti, gli assenti d'ignota dimora e pei condannati al carcere duro: come si può vedere nei §§ 269-282 del Codice civile.

Considerando l'ultimo risultato dell'interesse del minore e dell'interdetto in riguardo al tutore e al curatore, si vede come sia stremata la necessità delle cauzioni, perchè di ben poca cosa può restar debitore l'uno o l'altro, se non che, de' frutti d'un anno del patrimonio intero. E se da questo devesi dedurre le spese preventive d'alimento e d'educazione del tutelato, vedesi che tutto il disordine d'un'amministrazione attentamente vigilata dal giudice può ridursi a una minima frazione, che si può mai sempre realizzare sulle facoltà dell'amministra-

tore. E nel caso che non bastassero ad una idonea cauzione per una più retta amministrazione nell'avvenire, la subita dimissione di esso troncherebbe il disordine nella sua radice in tempo opportuno.

Confrontinsi ora queste provvidenze col sistema francese, e vedrassi a che mai si riduce la deplorata necessità della ipoteca legale tacita dal Codice Napoleone tuttodì conservata.

Ma fralle leggi moderne ve ne hanno alcune che, senza avere ordito il forte sistema dell'officio nobile austriaco, hanno pure avuto a cuore la salvezza del sistema ipotecario. Tale è la legge piemontese, la quale accorda l'ipoteca legale ai minori e agli interdetti sui beni dei tutori e curatori per la responsabilità della loro amministrazione, o sui beni del patrigno, quando la madre tutrice passasse a seconde nozze; ai figli di famiglia sui beni dell'ascendente, alla cui podestà sono soggetti dal giorno in cui sono loro pervenuti quei beni, de'quali spetti all'ascendente l'amministrazione, per le contabilità che questi abbia contratte nella medesima, o pei diritti di reversibilità nel caso di passaggio de' detti ascendenti a seconde nozze, dal giorno della morte del primo conjuge (1). Queste ipoteche devono essere inscritte almeno entro tre mesi dal giorno, dal quale prendono data (2). I tutori debbono entro due mesi praticare questa iscrizione sotto multa estensibile a lire 1000: così i patrigni. Il consiglio di famiglia, e il giudice invigileranno a ciò. Il protutore vi è tenuto sotto pena de'danni; e come il tutore, così il padre di famiglia e il notajo che redige un atto di seconde nozze hanno l'obbligo d'inscrivere l'ipoteca del patrigno sotto la stessa multa di lire 1000 e della rifusione dei danni. A questa rifusione de'danni è sottoposto in generale chiunque ha l'obbligo di praticare l'iscrizione, se l'ha omessa. In mancanza di esse persone devono prenderla l'avvocato fiscale, e l'intendente della provincia: al che veglieranno l'avvocato generale e il procuratore generale, i parenti e gli amici degli interessati (3).

Egualmente dispone la legge parmigiana, la quale accorda bensì l'ipoteca legale alle persone soggette a tutela sopra i beni dei loro tutori per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione, ma questa ipoteca deve essere come la convenzionale notificata dal cancelliere del pretore, nel cui uffizio sono registrate le tutele, entro il termine di venti giorni da quello in cui viene inscritta la tutela: sotto pena dei danni ed interessi che potessero derivare dalla mancanza o dal ritardo della notificazione (4). La responsalità del cancelliere è imitata da quella introdotta dalle leggi austriache; solo che per queste non il solo cancelliere, ma il pretore, e il giudizio collegiale sono pur responsali: e non ammette ipoteca se non nel caso di pericolante amministrazione, quindi aggrava meno la tutela e fa più sicuro il tutelato. Nella legge parmigiana (5); ci ha però questo in-

(1) Art. 2172-2174, Cod. albertino.

(2) Art. 2214. 2215. Cod. albertino.

(3) Art. 2225. 2224, 2227, 2229-2252. Cod. alb.

(4) Art. 2172, 2186-2189. Codice parmense.

(5) Art. 2200. Cod. parmense.

conveniente: che nell'iscrizione de' diritti eventuali, condizionati, o indeterminati non se ne designa approssimativamente l'importo: quindi la specialità ipotecaria non può che soffrirne.

Anche il Regolamento legislativo di Gregorio XVI bandì l'assoluta pubblicità delle ipoteche legali de' minori, de' pupilli ed interdetti sopra i beni presenti e futuri dei tutori, curatori ed amministratori, affidandone la cura e la responsabilità solidale pel danni o interessi ai tutori, curatori, amministratori, al cancelliere del tribunale o notajo che avrà stipulato l'atto di assunzione (1). I tutori, curatori e amministratori che avessero trascurata l'iscrizione, nel caso restassero debitori per la gestione, sono tenuti del doppio (2). Ma è questa una petizione di principio; perchè il pericolo dei minori consiste nell'incertezza di ricuperare le perdite d'amministrazione, alle quali se è insolvibile il tutore; cosa vale la pena del doppio? Chi la pagherà?

Anche la legge ipotecaria toscana contiene eguali disposizioni; ma l'iscrizione suddetta prendesi utilmente entro un mese con effetto retroattivo al giorno dell'accettazione della tutela e della cura. A quest'iscrizione sono tenuti i tutori e i patrigni, nel caso che la madre vedova fosse passata a seconde nozze, i curatori, i provveditori dei pupilli nei luoghi ove sono stabiliti; e dove mancano, i giusdicenti rivestiti di competenza economica pupillare (3). Ma non ci ha altra sanzione in seguito alla quale si potesse per esonerare la tutela dalla cauzione, o per assicurare l'effettiva presa d'iscrizione in tempo utile. L'arresto personale dei tutori e curatori, qualora la insolvenza dipenda da obbligazioni contratte posteriormente alla tutela e alla cura (4), non può certo bastare all'incolumità dei minori e degli interdetti. E lo stesso sistema della tutela regolato dalla legge 15 novembre 1814 (5) è ben lontano dalla perfezione del nostro: conciosiachè la libertà del tutore non è debitamente invigilata col rendiconto triennale: e questa sorveglianza da esercitarsi dal giudice non è garantita colla di lui responsabilità sussidiaria, come si fa nel nostro sistema. Quindi la pubblicità ipotecaria nuoce alla sicurezza delle persone che hanno un titolo più speciale alla protezione della legge.

Nel Canton Ticino hanno pure un'ipoteca legale e generale le persone soggette a curatela sopra i beni de' loro curatori, per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione, e viceversa. Questa ipoteca sussiste come diritto reale anche senza dell'inscrizione, come qualunque altro credito risultante da instrumento; ma non primeggia sui crediti ipotecarj inscritti, se esso parimenti non è inscritto, e solamente dalla data e dal numero dell'inserizione. Il Tribunale e la Municipalità sono tenute a farla

(1) Art. 117, n. 3. art. 131-134. regolamento ipot. di Romagna.

(2) Art. 134. dello stesso regolamento.

(3) Art. 64. n. 2. art. 80 e 98 del motuproprio toscano sulle ipoteche.

(4) Comminato nell'art. 105 della legge sud- detta.

(5) Collezione completa dei mod. Cod. d'Italia pag. 900.

sotto loro responsabilità dei danni (1). S'avvicina questa legge al sistema austriaco, non in quanto stanziò che i curatori prima d'assumere l'ufficio debbano prestare una idonea cauzione e il giuramento presso la Municipalità per l'esatto adempimento de' loro doveri, eccetto la madre e gli ascendenti paterni; ma in quanto debbano dare un rendiconto annuo (2). Si discosta in quanto non si parla della responsabilità sussidiaria dell'autorità municipale o giudiziaria.

Nel Ducato di Modena col recente Codice civile non si rivestì il reggime delle tutele di tutte quelle cautele e garanzie alle quali avriasi pur dovuto metter mano dopo la salutare esperienza del sistema austriaco vigente da molti anni nelle finitime provincie. Si fece stretto obbligo dell'annuo e del finale rendiconto; s'ingiunse ai tutori di prestare cauzione di bene operare in avvenire; si stabilirono le ipoteche legali sopra i beni dei tutori, dei padri e degli ascendenti per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione (3); ipoteca che nel mentre è generale sui beni presenti e futuri, deve essere in ogni caso inscritta a cura del cancelliere del giusdicente, nel cui ufficio sono registrate le tutele, nel termine di giorni quindici dalla stessa registrazione, sotto pena de' danni ed interessi che possono derivare dalla omissione o dal ritardo della inscrizione (4). La quale ipoteca legale offende per la sua generalità il sistema ipotecario, e per l'obbligo e la responsabilità dell'inscrizione aggrava la condizione economica dei tutori. Nel resto poi è commendevole quel sistema nell'interesse de' minorenni, ai quali l'obbligazione sussidiaria de' cancellieri guarentisce un'attenta e prudente protezione.

**13.** La deduzione dal principio superiore delle cauzioni legali è consecrato dalla legge positiva in un altro caso notabilissimo, cioè ne'rapporti creditorii che esistono tra l'uomo e la donna per occasione del matrimonio. Poichè leggiamo nel § 1245 del Codice civile la seguente proposizione: *chi dà la dote può esigere da chi la riceve una proporzionata cauzione o nell'atto stesso della tradizione, o in seguito, se emerga pericolo.* La nostra formula generale, insistiamo, non potea essere tradotta a questo caso particolare con precisione maggiore; dove manca, e dove cessa la fiducia personale in chi dà la dote, ivi ha diritto alla cauzione; ma nell'ultimo caso si deve dimostrare il pericolo emergente che motiva la posteriore diffidenza. Fin qui la legge fa astrazione dal caso che la moglie fosse minorenne, però vi allude colle seguenti proposizioni dello stesso §: *i tutori ed i curatori della sposa non possono senza il consenso del giudice pupillare dispensare dalla cauzione per la sicurezza della*

(1) Art. 128, 1148, 1150, 1163-1165. Codice del Canton Ticino. In questo Codice si chiamano curatori anche i tutori. V. lib. 1. tit. XVI.

(2) Art. 126, 127 e 143 del Cod. del Cant. Ticino.

(3) 274, 283, 2167. 2168. 2170, 2171 Codice civ. estense.

(4) Art. 2172, 2186, 2169, 2190 dello stesso Codice.

*dote, nè della convenuta controdote, nè dell'assegnamento vedovile.* Quest' ultima specie non sarebbe punto diversa da quella di qualunque operazione creditoria fatta da ogni altro minorenne, sia direttamente per sè sia per opera di persone che agissero nel suo interesse. Quest' ultima disposizione parziale del § 1245 è in perfetta armonia colle generali prescrizioni delle tutele e delle cure. La sposa non potrebbe fare a credenza allo sposo, perchè come minorenne è civilmente incapace di consenso (1). Possono disporre del suo patrimonio chi ha la patria podestà, o la tutela, o la cura: possono impiegare i loro capitali a credito presso i privati, ma *verso sicurezza legale.* Questa è la disposizione precisa del § 230 del Codice civile (2). E nei seguenti §§ 235 e 236 si prescrive al tutore, nel caso che venga restituito un capitale, di procurare un vantaggioso reimpiego, di cercar per quanto è possibile di assicurare quei crediti che mancassero di sicurezza, o in caso diverso di esigerli alla scadenza. Queste disposizioni sono da osservarsi e dai genitori amministratori del patrimonio particolare dei loro figli, e dai curatori (3): e in quanto le spose sieno minorenni vi sono parimenti soggette.

Dobbiamo ora ritornare al caso in cui la dote fosse stata costituita quando la sposa era maggiorenne, e all'analisi della relativa disposizione del § 1245 del Codice civile; la quale dicemmo contenere una rigorosa applicazione del principio sommo di tutte cauzioni legali.

In proposito di che diremo che, se questa deduzione non permette alcun dubbio in quanto all' autorità positiva della legge, non si può però ricevere senza qualche contrasto davanti al tribunale della scienza e della filosofia civile. Imperocchè noi non crediamo che il nostro principio derivativo delle cauzioni sia rigorosamente applicabile nel caso proposto. Essendochè appaja ben diverso quel rapporto creditorio che può costituirsi tra uomo ed uomo, l' uno all' altro uguale per l' ordinaria prudenza civile, per l' educazione, per l' esperienza quotidiana degli affari, da questo altro rapporto creditorio che per la convenzione dotale si stringe tra l' uomo e la donna, che sono due esseri distinti di natura, disuguali d' esperienza, d' educazione, d' indole e di facoltà morali. La storia del diritto e l' antropologia ad ogni passo smentiscono quest' unità ed equazione elementare di questi due esseri.

E diffatti tutte le legislazioni favorirono la condizione giuridica della donna, confortandola di una varietà grandissima di privilegi e di garanzie: e questa varietà di provvedimenli dipendette dalla diversità delle opinioni in riguardo all'autonomia civile della medesima; come quella, che destinata dalla natura a compagna inseparabile dell' uomo, sua difesa

(1) In quanto siano capaci i minorenni in genere accennammo già nel § V, e diremo più partitamente nel seguente § XII.

(2) Cosa sia questa sicurezza legale lo dicemmo nel superiore num. 2. e il vedremo più particolarmente nel seguente § X.

(3) §§ 132 e 282 del Cod. civ.

civile e complemento morale, non potè mai avere l'indipendenza del forte, l'iniziativa del libero, i capitali diritti del cittadino. Ella non compare nella storia antica che all'ombra dell'autorità del padre di famiglia; felice, quando il predominio delle idee religiose, la devozione e compartecipazione ai domestici lavori elevaronla dalla abbietta schiavitù alla dignità di moglie e di madre, quando la civiltà permisele che le grazie e le virtù sue rifulgessero, e costringessero i legislatori a riconoscere in lei la nozione egualitaria della *persona civile*. Cionondimeno dalla personalità all'autonomia cittadina, ci ha ancora tanta distanza, quanta ne segna la differenza tra l'idealità morale della religione e la potenza dinamica del diritto, tra un vero astratto, e una realità naturale ed effettiva. Avvegnacchè la donna, quantunque considerata quale persona, rimase per la natura sua il più delle volte soggetta al dominio morale dell'uomo, potenza passiva di sue voglie, predestinata ad una soggezione, che pure nell'organismo della famiglia è elemento necessario alla educazione della specie, alla conservazione delle tradizioni religiose, alla costituzione delle unità sociali, le quali rendono alla loro volta possibili le più larghe ed elevate associazioni. E nella somma delle condizioni sociali non apparve mai che essa si sia sottratta al predominio della sua costituzione organica, e specialmente ne' paesi ove la natura regna in lei d'una vita più rigogliosa, e al gelido argomentare della ragione sovrasta coll'impeto della fantasia, e colla forza irresistibile del sentimento.

Le oscillazioni della legislazione comparata accusa questa radicale diversità tra le costituzioni organiche dell'uomo e della donna, che pur si vogliono ridurre entro i vaghi confini della persona civile. Ma il sacro carattere di persona e di cittadino che si attribuisce a qualunque essere, che almeno inizialmente o potenzialmente si possa onorare registrandolo nella umanità, non può distrarre l'attenzione da ciò che riguarda la autonomia civile, la libertà, la prudenza necessaria perchè il cittadino possa provvedere da sè all'utile suo.

La diversità della costituzione organica della donna impedisce appunto che la si consideri perfettamente eguale all'uomo in riguardo alla sua libertà e prudenza civile: e più dappresso ancora in questo argomento del credito personale, e della reale garanzia.

Consideriamo il più importante delle transazioni della donna, voglio dire il contratto di dote. Si può egli francamente conchiudere, applicando quel nostro principio, che ove ci ha credito personale ivi non ci sia il bisogno e il diritto d'una garanzia reale? Si può egli ammettere ad occhi chiusi che la credenza personale che la sposa presta allo sposo, la moglie al marito, sia identica di quella credenza che un uomo d'affari, un prudente padre di famiglia presta ad un intraprenditore? Qual profonda differenza non v'ha invece nel cuore della donna? Non è più la fredda, calcolata, egoistica opinione della capacità e moralità del debitore che determina in lei la credenza, ma la ragione spesse volte si vede pre-

dominata e vinta dal più squisito e irresistibile sentimento, dall'amore che trascina la propria individualità a confondersi, ad assorbirsi in quella di un'altro, da quel sentimento cui la natura e la società, l'istinto e l'educazione in mille maniere suscitano ed alimentano, da quell'abbandono, da quell'atteggiamento morale che divinizza l'oggetto suo.

Ecco la persona civile, vittima inconscia di quella legge naturale che noi chiamiamo virtù: ecco come priva di tutta la necessaria autonomia civile, invece di essere fine a sè stessa, per la prepotenza di tal legge, e in difetto di un'estrinseca protezione, divenire suddita all'egoismo di quell'uomo che possiede il mobile de' suoi affetti. L'esperienza quotidiana ci rivela come spesse volte, o la disgrazia, o la dissipazione dei mariti trae seco la miseria delle incaute spose, e degli innocenti figliuoli. La esperienza quotidiana insegna come spesse volte non bastino a frenare il generoso abbandono morale di esse, le premure e le sollecitazioni dei parenti; come esse sprechino le loro sostanze per sollevare da irreparabili angustie l'onore e il credito maritale; come s'associno alla sua sventura e colla mutua storditezza e inesperienza ambedue immiseriscano.

**11.** Queste nostre osservazioni si trovano ajutate dall'esempio delle antiche e delle moderne legislazioni specialmente dei paesi meridionali, le quali temettero e in varie guise providdero o ad impedire nella donna l'abuso della capacità morale di obbligarsi, o ad assicurare il suo patrimonio con qualche sistema speciale di garanzie. Ed in ciò fare sommettevano la donna all'autorità del marito, e nello stesso tempo ne temperavano la soggezione ed impedivano l'arbitrio e la cupidigia del marito col vincolare la di lui sostanza all'indennità della moglie.

Già nel Diritto romano si trattennero le innutte in una perpetua tutela *donec difensorem per nuptias nanciscerentur*, come disse Voel (1); e col Senaloconsulto Vellejano si proibì che in ogni tempo intercedessero e si obbligassero per altri (2). E d'altra parte, come viddimo nell'Introduzione, si affettò il patrimonio del marito prima d'un privilegio personale, indi d'un'ipoteca generale e privilegiata per la sicurezza della dote (3). Con dir ciò non intendiamo approvare gli antichi provvedimenti legislativi, se non se per constatare la necessità in genere d'una efficace protezione. Poichè è ben diversa cosa il proporre un urgente bisogno, dall'accettare senza esame qualunque mezzo che si fosse immaginato per soddisfarlo.

(1) Voel, in pand. *de tutelis*, num. 8.

(2) Leg. 1. et segg. Dig. *ad S. C. Vellejan.*

(3) Introduzione, num. VI. Neguzanzio, *de pignor*. par. 2. num. 4. n. 24. 25, 46, 65-67, 94-100. M. Merlin, *de pignor*. lib. 3. tit. 2. quæ. 42. 47. 49 e 69. Struvio. *syntag. jur.* tit *in quib. causis pignus* Bachovio, *de pignor*. lib. 1. cap. 9. n. 11-13. De Olea, *de cession. jur*. tit. 3. quæ. 7. num. 1. e segg Gaito, *de credito*. cap. 4. quæ 11. n. 1644, et segg. Voet, in pand. *in quib. caus pign*. n. 20.

Anche nel Diritto longobardo la donna era trattenuta in una perpetua soggezione, essendole proibito qualsiasi contrattazione senza il consenso del *manualdo* (1) o *mundualdo* (2); il qual Diritto visse per lunga pezza in Italia, e specialmente nel Regno di Napoli, come si ha in più luoghi da Giannone istorico (3). E negli statuti di Milano la donna maritata non potea alienare ed obbligarsi oltre il valore di dieci lire, senza il consenso del marito, e in di lui in mancanza senza l'autorità d'un'agnato (4). E in tutta la giurisprudenza statutaria, ove vigeva il Diritto comune, e fin'anco a Venezia, s'era conservata in prò delle mogli l'ipoteca legale privilegiata (5); alla quale essa non potea rinunciare.

Così nel Diritto moderno francese e nelle legislazioni italiane che lo seguirono si mantennero e la dipendenza della moglie dall'autorità del marito per riguardo alle alienazioni, od alle obbligazioni che volesse assumere (6), e la responsalità immediata del marito colla ipoteca legale assicuratrice della dote e delle altre sostanze che la moglie gli avesse affidate. Disse Merlin queste belle parole, che non possono essere più acconcie al nostro proposito. « Il legislatore francese ha dichiarato che i conjugi si dovessero una mutua fedeltà, de' servigi, delle cure, e, si aggiunga, una confidenza illimitata. D'altra parte ha messo la moglie sotto la protezione del marito e l'ha obbligata a prestargli obbedienza. Ma nulla sarebbe più contrario a quest'armonia, a questa confidenza, che le precauzioni severe colle quali un creditore ordinario contratta col suo debitore, e che offrono per loro natura un carattere di diffidenza e fin anco d'ostilità. Il legislatore ha dunque voluto sollevare la donna timida e circospetta da questa dolorosa necessità, ha preso i di lei interessi in sua custodia (7). » L'ipoteca francese, ripetiamolo, è disastrosa al reggime ipotecario ove si mantenne occulta, come in Francia (8) e nel Regno

(1) Text. in longobarda, *qualiter mulieri alienare permittitur*, leg. *si qua mulier*. Angol. consil. 191. *de Statut. Florentin.* post. princip. Baldo, consil. 407. lib. 2. et in leg. 2. q. 9. Cod. *de rescind. vendit.* Montano, *de tutor. et curat.* cap. 7. n. 52.

(2) Matthens De Afflictis, *decis. neapol.* 260. Maranta, *de ordine judic.* par. 3. n. 125.

(3) Giannone. *Stor. di Napoli*, lib. 25. cap. 8.

(4) Statut. Mediolan. cap. 328. Sull'antichità di questo Statuto vedasi il Giulini, *Histor. Mediol.* tom. 1. pag. 170.

(5) Statut. Venetor. lib. 1. cap. 34. Così v'allude lo statuto 268 di Milano vol. 1. e Carpano ibid. Per la Francia vedi Maleville, Analyse de Cod. sub. art. 2135.

(6) Il Codice civile francese nelli art. 217. 220, il Codice albertino negli art. 129-139, il Cod. parmense negli art. 53-60, il Cod. siciliano negli art. 206-209, il Codice estense nell'art. 102-108, il Cod. ticinese negli art. 65. 66, e in Toscana la legge 20 novembre 1838, art. 18-26, proibiscono alla moglie di alienare, ipotecare od acquistare a titolo oneroso o gratuito senza il consenso del marito; o quando si rifiutasse, o nel caso di collisioni d'interesse, o d'interesse del marito, si richiede l'autorità del giudice, o pubblico magistrato. Si eccettua il caso che la moglie esercitasse una pubblica mercatura. Nel Regolamento giudiziario 10 novembre 1834 di Romagna, art. 55, 56, quella proibizione si limita ad una sola metà della dote, qualora l'altra metà rimanesse assicurata.

(7) Merlin, Repert. V. *hypothèque.* sect. 2 § 3. art. 4.

(8) Introduzione, num. XX e XXI.

delle Due Sicilie (1): però non se ne può disconoscere l'utilità almeno ne' paesi ove si volle soggetta all'inscrizione.

E tale è diffatti in Piemonte, ove si concede l'ipoteca legale alla moglie sui beni del marito e de' suoi ascendenti, nel caso che fossero obbligati, per le convenzioni matrimoniali, e i lucri dotali, pel ricupero de' beni estradotali alienati col consenso o la scienza del marito, o di quelli esatti da lui medesimo, eccetto che risulti del di loro impiego; e quest'ipoteca prende origine dal giorno della loro alienazione od esazione (2), e deve essere inscritta, conservando l'originaria efficacia, se l'inscrizione è fatta entro i tre mesi successivi (3). Sono tenuti entro due mesi a chiedere l'inscrizione gli ascendenti obbligati a dare la dote sotto la propria responsabilità, il marito anche colle multe, e il notajo che riceve l'atto nuziale (4); e resta proibito il patto di non prendere verun'inscrizione (5).

Nel Codice civile di Parma ci ha la stessa ipoteca legale, la quale a cura del notajo che ha ricevuto il contratto nuziale deve inscriversi prima che scada il termine stabilito pel controllo dell'atto medesimo, sotto pena de' danni e interessi (6). Ed è ugualmente proibito alle parti di intralasciare quella inscrizione; solo possono limitarla a determinati beni (7).

Nel Canton Ticino si concede la stessa ipoteca alle mogli; ma l'obbligo dell'inscrizione, nel caso che la moglie fosse maggiorenne, incombe non ad altri che a lei come unica parte interessata (8): non ci ha dunque per questa legge differenza alcuna col Diritto austriaco.

Nel regolamento legislativo di Romagna del 10 novembre 1834 si dispone che i fratelli non debbano consegnare la dote alla sorella innuita all'età di venticinque anni, se non implorando dal giudice affinchè la dote sia investita e posta in salvo pel caso del futuro matrimonio (9). Si concede ugualmente alla moglie l'ipoteca legale sopra i beni tutti presenti e futuri del marito, per la dote al medesimo assegnata, per la esecuzione dei patti nuziali; la quale ipoteca dev'essere inscritta a diligenza di quelle persone che sono tenute a dotarla, compreso tra esse i fratelli, sotto pena del duplo; vi sono tenuti il marito, sotto pena di restituire la dote anche in costanza di matrimonio, e i notaj che rogarono l'atto della dote o dell'investimento sotto pena dei danni ed interessi. La inscrizione può essere richiesta anche dai parenti (10). Ed anche in questa legge fu provvidamente stabilito che non si potesse mai dispensare o non inscrivere quest'ipoteca legale; solo fu permesso che la si restringesse a determinati stabili (11).

(1) Art. 2007 e 2021 del Codice civ. delle due Sicilie, ove negli art. 2052 e 2053 si prescrisse che la si iscrivesse entro un' anno dallo scioglimento del matrimonio.

(2) Art. 1565, 2170, 2171 del Cod. albertino.

(3) Art. 2214 e 2215. Cod. albertino.

(4) Art. 2221, 2222, 2226, 2229. Codice albertino.

(5) Art. 2254. Cod. albertino.

(6) Art. 2172-2174, 2186-2189 del Cod. civ. parmigiano.

(7) Art. 2190 e 2191, del Cod. parmigiano.

(8) Art. 1150, 1151, 1159, 1165. del Cod ticinese.

(9) Art 22. Regolam. pontificio.

(10) Art. 117, 131-135. 153 dello stesso Regolamento.

(11) Art. 158, 159. Regolam. pontificio.

E in Toscana questa stessa ipoteca legale e generale delle mogli dev' essere inscritta dalle mogli, dai mariti, dagli ascendenti, e dai loro parenti nel termine d'un mese (1); però non si introduce alcuna comminatoria speciale.

Anche nel Ducato di Modena la stessa ipoteca legale o generale dev'essere inscritta; e l'iscrizione è commessa al notaro che ha ricevuto il contratto di matrimonio entro quindici giorni dalla data dell'atto; e sussidiariamente alle persone obbligate a dotare: sotto pena l'uno de' danni ed interessi, gli altri del risarcimento; il marito parimenti vi è obbligato sotto pena dello stellionato. Si può restringere l'ipoteca a determinati beni, non però si può dispensarla o non inscriverla (2).

Da queste legislazioni emerge manifesto l'accusato bisogno di confortare la condizione morale della donna d'una conveniente garanzia, togliendole la libertà di diminuire il suo patrimonio con inconsiderate prestazioni e scialacqui.

Però non ci restringiamo a questo solo. Noi non crediamo nè utile, nè necessaria questa perpetua tutela della moglie, questa doppia sua dipendenza dal marito e dal magistrato. No: ella è pur persona libera e rispettabile, ha una propria autonomia che la rende conscia e prudente negli impegni della vita. Noi non propenderemo perciò verso i sistemi meridionali. Ma non possiamo nemmanco applaudire al contrario sistema austriaco; perciocchè l'antonomia della donna specialmente per riguardo alle convenzioni nuziali, non è così perfetta e indipendente come si presuppone. A nostro avviso ella dovrebbe essere meglio protetta col reggime tutorio fino ad un'età molto più matura, fino a quando cioè l'esperienza della vita avesse temperata l'influenza maritale e la eccessiva confidenza, e l'amor materno le avesse creato uno spirito conservatore della famiglia.

La semplicità, in molti casi meravigliosa della legge civile austriaca, in questo riguardo dev'essere a nostro avviso temperata. Quando il Legislatore abolì la prima volta nel Codice Giuseppino l'ipoteca legale e tacita delle mogli (3), soppresse uno de' principali ostacoli alla sciottezza del sistema tavolare; ma le lasciò sprovvedute d'una garanzia qualunque, che noi crediamo necessaria sotto ogni riguardo.

La donna, s'aggiunga, entra in maggiore età a ventiquattro anni; ma la legge presente attribuisce al giudice di concedere una precoce emancipazione dopo i venti anni (§ 252. Cod. civile), sentito il parere del tutore e, se occorre, anche dei più prossimi congiunti di sangue (§ 252), e con questo apre un largo adito di abusi; perciocchè con assai frequenza si concedono, sia che il tutore prenda occasione di liberarsi dal fastidio della tutela, sia che ciò faccia per più disoneste mire; sia che al giudice pu-

(1) Art. 64, 66, 80, 87, 99 Reg. tosc.

(2) Art. 2163-2166, 2172, 2186, 2190, 2191, 2195-2195. Cod. civ. estense.

(3) Fino dell' anno 1786, al § 69. cap. 3. part. 1. del sudd. Cod. Degli Sforza, *sul dir. di pegno*, introduz. pag. 34.

pillare riesca insopportabile soma il nobile ufficio di protettore della loro debolezza, e voglia sottrarsi alla responsalità civile; pur rimanendo responsale nella coscienza de' tanti disastrosi effetti che provengono dall'aver egli ceduto alla istanza delle inesperti fanciulle anelanti a libertà, dei tutori indifferenti del loro benessere, o cupidi di esercitare a loro talento l'acquistata personale influenza. A questo modo la pratica va esagerando i diffetti della legge. Noi però ci lusinghiamo che il solo denunciare all'attenzione del Legislatore questi gravissimi e quotidiani pericoli ci faccia ripromettere un pronto riparo.

**15.** Oltre i minorenni, gli interdetti, e le donne, vi hanno le persone o corporazioni morali che possono abbisognare d'uno speciale riguardo della legge, affinchè conforti e guarentisca i rapporti creditoril che possono contrarre o avere contratti verso i privati o i proprii amministratori. Ed in questo argomento non manca d'essere profonda la varietà legislativa, e l' oscillazione pratica dei giudizii. Però tutti i varj provvedimenti, che si imaginarono, si possono ridurre a tre specie distinte. L'una riguarda i privilegi che si accordarono e s'accordano tuttavia a quelle persone morali: privilegi, i quali primeggiano sopra tutte le ipoteche, per causa dell' utilità pubblica, più o meno generali e giustificabili; ma di questi parleremo a suo luogo (1). L'altra consisterebbe nell' attribuire al fisco ed alle rappresentazioni dei corpi morali un'ipoteca eccezionale, più o meno disastrosa al sistema ipotecario. L'ultima si limiterebbe a fornire a queste persone un semplice titolo legale d'ipoteca, che sarebbe poi completato regolarmente coll'inscrizione.

La legge austriaca non concedette alcuna ipoteca eccezionale, e nemmanco un'espresso titolo legale contro gli amministratori delle cose pubbliche, nè contro i privati per l'indennità delle convenzioni di quelle persone morali; come sarebbero il tesoro dello stato, della corona, dei comuni, o l' amministrazione di qualche pubblico stabilimento. E con tutta ragione. Perchè, in quel modo che ella provide all' indennità delle tutele e delle cure, potea provvedere alla regolare economia di quei più vasti organismi amministrativi. Come in quelli, così in questi si guardò dal rovinare il sistema ipotecario con disastrose eccezioni; e non sentì neppure il bisogno di concedere un titolo speciale d'ipoteca; percolocchè con separate ed acconcie instituzioni assicurò gli interessi di que' corpi morali contro l'arbitrio, la negligenza o l' infedeltà degli amministranti, quando sistemò le loro funzioni amministrative verso i privati in modo, che non soffrissero e non si trovassero facilmente esposti a perdite impreyedute.

Se noi ci proponessimo di passare in rivista tutte le leggi organiche e normali della pubblica amministrazione, vedressimo con quale sicurezza

(1) Vedi il § XLVII, num 4

può coesistere l'indennità sua colla nettezza e semplicità del sistema ipotecario, tal quale è da noi propugnato. Ma questo non è il nostro assunto; però solo ci basti di accertare non la realità soltanto, ma la bontà di questo sistema nell'esperienza de'molti anni da che è in vigore.

Il qual sistema fu dai Francesi fortunatamente adottato e conservato, ad onta che facessero tutto il contrario per rispetto alle ipoteche legali ed occulte de'minori e delle mogli. Il che ci valga a riprova di quello che dicevamo e ripetevamo nell'Introduzione, come sia dell'ottima legislazione di provvedere con separate instituzioni agli interessi che sono diversi di natura. Ma di questo avvertimento non si penetrarono quanto era d'uopo i legislatori della restante Italia: avvegnachè tutti abbiano introdotto per questa causa un'ipoteca legale, più o meno eccezionale e dannosa al sistema ipotecario.

Il legislatore piemontese diè l'ipoteca legale in pro del fisco, delle comunità, corporazioni e stabilimenti pubblici sui beni tutti presenti e futuri de'tesorieri, esattori ed amministratori obbligati a render conto per maneggio di danaro (1). Questa ipoteca per la sua generalità, sia per riguardo ai fondi sui quali cade (2), che per riguardo alla somma che è indeterminata (3), offende i debitori più di quanto è d'uopo all'indennità degli amministrati. L'ipoteca privilegiata del fisco s'estende fin anco sui beni stabili acquistati a titolo oneroso, sì dal marito che dalla moglie, dopo la nomina del contabile (4). La si deve inscrivere, ma è efficace anche se inscritta nell'intervallo di tre mesi computabili dall'origine del titolo, e dal dì dell'acquisto dei beni che pervenissero poscia al debitore. Con questo indugio rimane imbarazzata la pubblicità immediata del sistema ipotecario.

Quest'indugio è tolto nel Codice parmigiano, e nel Regolamento ipotecario di Romagna, nel Codice civile delle due Sicilie, in quello del Canton Ticino, e nel Codice modenese; ma questa stessa ipoteca legale è indeterminata sì per riguardo al credito, che per riguardo alla designazione de'beni sottomessi (5).

In Toscana però quest'ipoteca può essere inscritta entro l'intervallo d'un mese, ed è egualmente generale su tutti i beni (6).

**16.** L'usufruttuario non è obbligato di regola a dare cauzione al proprietario per assicurare la sostanza della cosa, se non nel caso che si manifesti pericolo: tale è la disposizione del § 520 del Codice civile (7).

(1) Art. 2169. 2194. 2195. 2197, Cod. albertino.

(2) Art. 2176, 2198. 2199 e 2246 dello stesso Codice.

(3) Art. 2245, Cod. albertino.

(4) Art. 2198. Cod. albertino.

(5) Art. 2172, 2186, 2200, del Codice parmense; art. 117, 118, 131. 136, 137, 144, 145, del Regolamento di Romagna; art. 2007, 2008, 2047. Codice civ. delle due Sicilie; art. 1150, 1165. Codice ticinese; art. 2169, 2172, 2186, 2196, 2204 del Codice estense.

(6) Art. 64, 104, del regolamento ipotecario toscano.

(7) Al quale sono conformi l'art. 19 e 20, par. 1. tit. 21. del Cod. prussiano.

Ma la decisione opposta venne praticata nel Diritto romano, nel francese, nel sardo, ed in altre legislazioni.

Imperciocchè leggiamo in Ulpiano: *si cujus rei usufructus legatus sit, æquissimum Prætori visum est de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et cum usufructus ad se pertinere desinet, restituturum quod inde extabit. Hæc stipulatio sive mobilis res sit, sive soli, interponi debet* (1). E non solo non si faceva differenza tra l'usufrutto di cosa fungibile, la di cui proprietà passava all'usufruttuario (2), e quello di cosa non fungibile mobile od immobile, ma non si distingueva nemmeno l'usufrutto lasciato per atto d'ultima volontà, o costituito in un contratto (3): quindi non poneasi affatto attenzione a ciò che il conceditore dell'usufrutto avesse avuto per mobile di sua concessione una fiducia personale nell'usufruttuario; e quindi la legge stabilendo: *sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate* (4), trascendeva e l'intenzione e la previdenza dello stesso conceditore, e aggravava il concessionario d'un onere fastidioso e immeritato, ponendo in non cale la base stessa della concessione testamentaria o contrattuale, che dissimo consistere nella fede personale.

Il Codice Napoleone negli articoli 601-604, il Codice Albertino negli articoli 513-516, quello del Canton Ticino negli articoli 200 e 201, il Codice bavarese nel libro 2 capo 9, articolo 5, il Codice delle due Sicilie negli articoli 526-529, il Codice estense negli articoli 472-475, hanno consacrato in termini pressochè uguali la disposizione del Diritto comune antico.

Per essere coerenti adunque al nostro principio, che ivi nasce il diritto della garanzia ove non esiste o viene a cessare il credito personale, commenderemo la ragionevolezza della legge austriaca vigente.

Il proprietario perciò non potria chiedere cauzione che, o nell'atto stesso che di sua volontà costituisce l'usufrutto in prò d'un terzo, o in seguito di tempo quando emergesse pericolo, quando cioè, secondo l'opinione del signor Mattei, egli provi che l'usufruttuario possa alienare (se la cosa è mobile), lasciar deperire o danneggiare la cosa serviente: ovvero che, essendo povero, e trattandosi di cose fungibili, gli manchino i mezzi per restituire il valore (5): oppure se ci sia fondato sospetto che l'usufruttuario d'un mobile possa evadersi, o abbandoni la cosa, o disponga della sostanza di essa (6). Anche la mancanza delle necessarie riparazioni, il taglio di piante d'alto fusto, l'abbandono o la dispersione delle acque irrigative, ed in genere l'inosservanza degli obblighi dell'usufruttuario ingenerano e la violazione de'diritti corrispondenti sul proprietario, e una causa manifesta di pericolo, sufficiente materia di cauzione.

(1) Leg. 1. Dig. *usufructuarius quemadm. caveat.* (7. 9.)

(2) Leg. 7. Dig. *de usufruc. ear. rer.* Institut. lib. 2. tit. 4. § 2

(3) Leg. 4. Cod. *de usufructu.*

(4) Leg. 13. Dig. *de usufructu.*

(5) Al § 520. num. 8.

(6) Amati, manuale del Cod. civ. § 520.

In questi termini si dovrebbe decidere egualmente nei rapporti dell'erede e del legatario, cui fu lasciato un legato sotto condizione risolutiva negativa (di cui dicemmo col precedente numero 6), dell'instituito in riguardo al sostituito sotto la stessa condizione risolutiva; i quali legatarii e sostituiti pei §§ 708 e 613 del Codice civile vengono paragonati all'usufruttuario.

La stessa ragione, che niega al proprietario il diritto alla cauzione finchè l'usufruttuario rimane fedele agli obblighi suoi, niega parimente al socio di esigerla dagli altri consorti finchè agiscono conformemente ai patti, alle attribuzioni ed al fine della comunione: imperocchè la legge non vuole introdurre il genio della diffidenza in contratti ed affari che si iniziarono e si conducono sotto i beneficî auspicii del credito personale. Ma la stessa ragion civile soccorre prontamente al bisogno, allorquando si turba quell'armonia morale, e decide: « Se vengono proposti cambiamenti importanti per la conservazione o pel miglior godimento del capitale comune, i consorti che hanno dovuto cedere alla maggioranza dei voti degli altri, possono esigere cauzione pel futuro danno, o, dove questa sia ricusata, possono chiedere che sia loro lecito di ritirarsi dalla comunione ». E queste sono parole del § 834 del Codice civile austriaco.

Un'altra diretta applicazione del nostro principio si trova nel § 1364 del Codice civile, ove si concede al fidejussore, che ha prestata la sicurtà col consenso del debitore, di esigere da questo una cauzione nel caso che fosse scorso il tempo entro il quale avesse dovuto pagare e non aveva pagato. Così nel § 1365: « se insorgono fondati sospetti, vi si legge, che il debitore sia per divenire incapace al pagamento, ovvero sia per allontanarsi dagli Stati creditarj, pei quali è prescritto questo Codice, il *fidejussore*, ha diritto di esigere dal debitore una cauzione pel debito da esso assicurato (1)».

Questo rimedio non fu accordato nè dalle leggi romane, nè dalle francesi; poichè per l'articolo 2032 del Codice Napoleone (2) il fidejussore non potria provvedere alla propria indennità minacciata, se non nel caso di fallimento del debitore, o di prossima decozione (3).

Notisi però che non basta al fidejussore d'allegare di non credere più alla solvibilità del debitore; questa insolvibilità dev'essere dimostrata, o col fatto della mora, o col pericolo probabile dell'insolvenza.

**17.** Il Regolamento del processo civile ci fornisce altri esempii per l'applicazione del nostro principio. Un litigante cui fosse ingiunta la prestazione di un giuramento, nel caso che non potesse prestarlo, nè davanti al giudice della

(1) A questo § somiglia la disposizione dell'art. 1424 del Cod. ticinese, ove dice: *quando vi sia un ragionevole pericolo d'insolvibilità.*

(2) Vedasi Troplong, Cautionnement. sub. art. 2032, Cod. Napoleone,

(3) A quest' articolo corrispondono gli art. 2069. Cod. albertino, art. 1904. Cod. siciliano, art. 2061. Codice parmense, art. 2019. Codice estense.

causa, nè davanti ad altri giudici, ha dai §§. 289 — 292 dello stesso Regolamento la facoltà di soprasedere a ciò, purchè sottoscriva di sua mano e confermi la formola del giuramento, e ne dimandi la destinazione d'una giornata per prestarlo effettivamente quattordici giorni dopo che fosse cessato l'impedimento. La formola del giuramento sottoscritta in tal modo ha, pel tempo che dura l'impedimento, la forza di un giuramento formalmente deposto, e la parte cui spetta, entra con ciò al possesso delle ragioni che le compelessero in vigore della sentenza. Solo però è riservato alla parte avversaria il domandare una cauzione, secondo la natura delle circostanze, per quel tempo in cui, non ostante che fosse tolto l'impedimento, l'altra parte non prestasse il giuramento.

Il secondo caso è questo. Chi si appella d'una sentenza di prima istanza deve esprimere sopra quali articoli della medesima intenda appellarsi: gli articoli, dei quali non si esprimerà il gravame, passano in re giudicata, e non possono essere più mutati (§ 321. Reg. giudiz.). Sopra gli articoli dai quali non si sarà appellato espressamente, si dà ad istanza della parte vittoriosa l'esecuzione senza indugio, dopo che sarà trascorso il termine dell'appello; ma rispetto agli articoli, contro i quali sarà interposta l'appellazione, rimarrà sospesa ogni esecuzione sino a che sarà emanata la sentenza del giudice d'appello. Qualora però l'oggetto controverso fosse tale che la parte vittoriosa in prima istanza *avesse bisogno di una cauzione* deposito od altra provvidenza interinale, il giudice *dovrà concedergliela* sopra domanda. (§ 329. Reg. giudiz.)

**18.** La semplice scadenza d'un debito può indurre per sè sola la cessazione della fiducia personale del creditore, perchè appunto la previsione del creditore e la sua credenza fu limitata a un dato tempo. D'altronde, avendo egli diritto ad esercitare dopo la scadenza il suo diritto creditorio, può implicitamente confortarlo di quelle garanzie che crede migliori, nel caso che il debitore non si trovi in grado di soddisfarlo. Quindi la legge gli attribuisce un preciso diritto alla cauzione, e con ciò, come scrive Nippel, costituisce il titolo per l'acquisto del diritto di pegno (1). Tale è la disposizione de'§§ 386 e 387 del Regolamento giudiziario e della Notificazione governativa 4 luglio 1839, nel caso che si fosse iniziata la procedura esecutiva sopra di un documento che meriti piena fede, e il debitore opponesse nella prima comparsa eccezioni tali che rendessero necessaria la prolazione d'una sentenza interlocutoria, o l'aggiornamento della sessione: poichè in tal caso si deve ad istanza dell'attore, e qualora non fosse già sufficientemente coperto, accordargli con decreto separato la esecuzione *fino alla cauzione* del domandato credito e degli accessori.

Non solo però ha diritto alla cauzione il creditore, che ha diritto al pagamento: perchè egli è arbitro della sua fiducia, e il debitore non può

(1) Comento al § 450, n. 1 lett. B. f. del Cod. civ. aust.

opporgli il contratto, perchè scaduto; ma ha diritto in genere alla cauzione ogni volta che provi d'averne bisogno; e quindi gli compete un titolo al diritto di pegno in tutti quei casi, in cui egli provi che il suo credito è esposto al pericolo di perdita (1). Il qual diritto trovasi fondato sulla letterale disposizione del § 73 del Reg. giudiziario. Se l'aprimento del concorso, vi si legge, venisse domandato da uno o più creditori, senza che fosse manifesto che la domanda sia mal fondata e diretta soltanto a vessare il debitore, si dovrà per la disanima del caso assegnare una giornata al più breve tempo che sarà possibile, *ed ingiungere al debitore* l'obbligo ond'esso *renda coperti i suoi creditori*, che avranno domandato il concorso, ovvero formi il suo stato attivo e passivo, e lo presenti nella sessione giudiziale.

Ed ecco in quanti casi la legge positiva traduce in pratica il nostro principio. Ma non abbiamo finito. Noi ne dobbiamo ancora parlare nel seguente § e nel § XVI, oltre che nel Capo delle prenotazioni.

## § IX.

Il creditore, che ha diritto di domandare l'esecuzione contro il debitore, può domandare altresì l'assicurazione della sua pretesa sopra qualunque bene stabile del medesimo.

*Arg. dai §§ 400 e 415 del Regolamento Giudiziario.*

### SOMMARIO.

1. Del titolo giudiziale dell'ipoteca, che è una forma del titolo legale e del convenzionale.
2. Del pegno giudiziale degli antichi e dei moderni.
3. Del pegno pretorio presso gli antichi.
4. Del pegno pretorio presso i moderni.
5. Dell'ipoteca giudiziale dei moderni.
6. Del titolo giudiziale secondo il sistema austriaco; e della esecuzione delle sentenze forastiere.

**1.** Veniamo a parlare della seconda specie de'titoli dell'ipoteca, cioè del titolo giudiziale.

L'ipoteca, che è un diritto acquisito sulla proprietà altrui, ha bisogno d'una autorità vivente che lo costituisca, l'accerti, gli dia una forma sua propria, una dimostrazione esteriore. Quando il debitore per legge o per un suo fatto qualunque è obbligato a costituirlo, e non vi si presta, supplisce l'autorità del pubblico magistrato: *nam in vicem justæ obbli-*

(1) Nippel, Com. al § 450, n. 1. lett. B. g.

*gationis, succedit ex causa contractus auctoritas jubentis* (1). Egli accerta e sanziona il diritto del creditore ad avere l'ipoteca sopra determinati beni del debitore od anche d'un terzo in tutti i casi superiormente esaminati, nei quali la legge gli attribuisce il diritto alla cauzione, e nel caso che l'ipoteca fosse stata promessa ed accordata dal debitore, dal terzo, o dal defunto, ma la obbligazione di essi sia sprovveduta della forma conveniente ad essere operativa come titolo suscettibile d'iscrizione. Il suo decreto, o la sentenza che emette, costituisce questo titolo formale, e supplisce alla forma convenzionale, alla cui redazione saria stato obbligato il debitore, il terzo o l'erede di concorrere.

Questo titolo formale che si ottiene mediante l'autorità del giudice non costituisce, volendo essere esatti ne'termini, un vero titolo di una specie distinta. Imperocchè quando l'obbligazione originaria a dare un'ipoteca venne motivata o dalla legge, o dalla convenzione, o dall'atto di ultima volontà, non si può dire derivata dell'autorità del giudice; in quanto che per riguardo a quelle cause il giudice non vi aggiunge che una dichiarazione, una forma; ma col suo potere non crea un'apposita e distinta causa d'obbligazione (2).

Nippel giustamente osserva che ove per legge il creditore non avesse diritto alla cauzione, il giudice non potria concedere il diritto di pegno, e che l'ufficio di esso si limita nell'assegnare al pegno alcuna cosa determinata (3). E degli Sforza soggiunge che il giudice non è che un veicolo di liquidazione tra il titolo accordato dalla legge e l'esecuzione ossia il compimento del diritto stesso (4).

Lo stesso si può dire della causa formulata nel presente §, in quanto che il giudice non accorda l'esecuzione, e per conseguenza l'ipoteca, se non perchè la legge del processo civile ne accorda il titolo corrispondente al creditore: e quindi nemmeno in questo caso il titolo ipotecario non saria in verità meramente giudiziale, ma legale.

Però invalse per antonomasia di chiamare titolo giudiziale, e pegno ed ipoteca giudiziale, quel titolo e quel pegno e quell'ipoteca che si costituisce dal giudice in conseguenza d'un suo giudicato in riguardo a un credito.

A noi basti di rettificare le idee nell'interesse della scienza, conservando tuttavia i nomi per la maggior chiarezza della dimostrazione. Non dobbiamo però pretermettere dal rilevare le differenze storiche e dottrinali tra le varie specie dei pegni e delle ipoteche cagionate dall'autorità dei

(1) Antonino in leg. 1. Cod. *si in causa judic. pign.*

(2) Quindi Francesco Balduino, *de pignor.* cap. 3. adotta questa generale distinzione *Ego, ut omnia complectar, dicere soleo, pignus aut voluntarium esse aut necessarium* Tale classificazione è ammessa da Struvio, *sintagma jur.* tit. *de pignor. thes.* 6. Richeri, Iurispr. vol. 9. § 1589. Winiwarter, Dir. Civ. tom. 2 § 137.

(3) Al § 450. n. 2. Cod. civ. aust.

(4) Degli Sforza, del dir. di pegno, cap. 6. § 24. pag. 128. Nel cap. IV. di questa I parte, vedremo la difficoltà di verificare questa verità nella giurisprudenza pratica.

giudici, secondo la fisonomia propria della legislazione nostra, della romana, della francese e delle sue imitazioni.

Frattanto notiamo che il titolo ipotecario che emana dalla legge, nel permettere al creditore provocante gli atti esecutivi d'una sentenza o d'una convenzione giudiziale, è derivato come giusto corollario dal superiore principio che abbiamo collocato nel precedente §: che cioè dove viene a cessare il credito personale ivi nasca il bisogno e il diritto alla cauzione reale.

Non perdendo mai di vista questa deduzione, veniamo ad esaminare le diverse forme storiche di questa specie di titolo.

**2.** Parlando delle ipoteche che hanno per titolo, non la volontà delle parti, ma la volontà del giudice, ci viene alle mani una delle materie non meno scabrosa e difficile che possa incontrarsi nel gius ipotecario. Perocchè ci hanno differenti maniere di ottenere dal giudice l'ipoteca; e sono ben distinti di natura il pegno giudiziale, l'ipoteca giudiziale, e quello che volgarmente si chiama pegno pretorio.

Il *pegno giudiziale* è quello che concedevasi appo i Romani dal Pretore o dal Preside provinciale in esecuzione della sentenza proferita dal Giudice delegato; e si praticava mediante l'effettiva apprensione ed immissione del creditore in possesso de' beni del debitore condannato (1). Epperciò fu detto giudiziale, non perchè fosse conceduto dal giudice, cui non altro spettava che di decidere la lite e non di mandare ad esecuzione la sua sentenza, ma perchè tale pegno ottenevasi come conseguenza del giudicato (2).

Era questo un vero pegno, in quanto che costituivasi allo scopo immediato di ottenere il pagamento del credito col mezzo della vendita della cosa oppignorata: ma differenziavasi dall'ipoteca in quanto non bastava il solo consenso, ossia il decreto del magistrato a costituirlo, ma richiedevasi la materiale esecuzione del decreto stesso. *Sciendum est*, insegnava Ulpiano, ***ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias pignus constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*** (3). Il creditore non lo otteneva dunque se non era stato effettivamente messo sul fondo, per opera del pubblico ufficiale: così ci attesta essersi praticato il nostro Mercuriale Merlino col suo latino grosso: *executores pro satisfaciendo dicto mandato* (ossia decreto del magistrato) ***vadunt ad bona vel mobilia vel immobilia debitoris, et in eis executionem consumunt, ut postea***

(1) Leg. *a divo Pio*, 15. Dig. *de re judicata*. leg. 5. Dig. *de reb. eor. qui sub. tutela*. leg. 15. Cod. *de evictionibus*. tot. til. Cod. *si in causa jdicati*.

(2) Vanderano, *de privilèg. creditor*. cap. 15. Balduin, *de pignor*. cap. 8. Neguzant. *de pignor*. par. 3. mem. 3. n. 1. Merc. Merlin, *de pignor*. lib. 1. tit. 3. quæ. 17. n. 3. Zoesio, in Dig. *de pignorib*. num. 8. Donell. *de pignor*. cap. 5. Bachovio, *de pignor*. lib. 1 cap. 3. n. 4. Gaito, *de credito*, cap. 4. quæ. 3. n. 31.

(3) Ulpiano in l. 26. Dig. *de pignorat. act*.

*valeat deveniri ad eorundem bonorum subhastationem, ad effectum solvendi creditori* (1). Con questa apprensione di fatto, il creditore potea dire d'avere un pegno, piuttosto che un'ipoteca, secondo la fraseologia del diritto antico, come avvertimmo nei num. 1.° e 2.° del § II (2). E questa apprensione era necessaria, e sempre fu reputata indispensabile nella pratica posteriore, per costituire il pegno giudiziale: e Richeri (3), e Voel (4) attestano del loro tempo che il decreto del giudice concedente l'esecuzione non bastasse, senza questa materiale tradizione ed immissione, ad attribuire al creditore le prerogative del pegno: ma che nasceva dalla sentenza un semplice privilegio personale di prelazione in riguardo ai chirografarii: press'a poco come vediamo nel Canton Ticino, dove una sentenza non iscritta all'ufficio delle ipoteche, non attribuisce prelazione sui creditori inscritti (5).

Ma e perchè si esigeva che il pegno giudiziale fosse vero pegno, e non soltanto ipoteca? perchè si domandava questa materiale formalità dell'immissione?

Per rispondere, anticipiamo sulla materia del seguente § LVIII, ove stabiliamo come sia necessario alla procedibilità dell'esecuzione questa materiale o fittizia apprensione della cosa esecutata; perciocchè la semplice ipoteca non impedendo al proprietario della cosa di alienarla o renderla peggiore (6), fu riconosciuto per tempo il bisogno di impedire a costui questo suo arbitrio, affinchè il creditore potesse sicuramente realizzare il suo diritto sulla cosa stessa, sia percependone i frutti, sia continuando gli atti esecutivi sulla medesima, ad onta che fosse stata alienata, sia per poterla far vendere e consegnarla al compratore. Così è che il § 415 del Reg. Giud. nostro prescrive perfino ai creditori aventi una precedente ipoteca di chiedere anche il pegno giudiziale, di praticarlo effettivamente con una nuova e propria inscrizione ne' registri pubblici; e trattandosi di esecutare i frutti d'uno stabile, o cose mobili, prescrive coi seguenti §§ che il messo giudiziale vadi sul luogo a descriverle, consegnadole all'uopo anche ad un sequestratario.

Al contrario, nel caso d'un pegno di cosa mobile, che per il § 451 e 452 del Cod. civ. non può darsi senza che il creditore abbi in suo possesso materiale o simbolico la cosa stessa; il § 441 del Reg. Giud. stesso lo esentua dal chiedere il pegno giudiziale, non essendoci in tal caso necessità alcuna di esso, perchè la precedente e continuata detenzione di essa impedisce al debitore di abusarne di venderla, di rovinarla: e quindi di disturbare

(1) M. Merlin. *de pign.* lib. 1. tit. 3. quæ. 17. n. 5. Postio, *de subhastat. inspect.* XI. n. 5. 17 e 19.

(2) Mal si appone Grenier, hyp. num. 192, che critica questa denominazione, non vedendo che presso gli antichi si diceva pegno quando c' era possesso, senza distinguere se la cosa fosse mobile od immobile.

(3) Richeri Jurispr. vol. 9. § 1480.

(4) Voet, in pand. *in quib. caus. pignor. tac. contr.* num. 32.

(5) Art. 1165. Cod. del Canton Ticino.

(6) Vedasi di ciò nel § XLVI, num. 4.

gli atti esecutivi. Ed ecco perchè nelle leggi antiche, e per antonomasia anche nelle leggi moderne, questa apprensione d'uno stabile in esecuzione d'una sentenza si disse e si dice *pegno giudiziale*: che è, ed ipoteca perchè si riferisce ad uno stabile e la comprende in riguardo alla efficacia di realità e priorità, ed è *pegno* eziandio poichè attribuisce al creditore il beneficio della materiale detenzione di esso.

**3.** Dall'analisi del pegno giudiziale ci siamo avvantaggiati alquanto, per venire a quella assai più difficile del *pegno pretorio*. Assai più difficile diciamo, perchè i commentatori antichi, e i moderni che si fecero espositori degli antichi, non sempre viddero e rilevarono con schiettezza queste specie distinte del pegno pretorio, del giudiziale e dell'ipoteca giudiziale: poichè alcuni misero a fascio il pegno pretorio col giudiziale (1); altri eguagliarono il pegno giudiziale all'ipoteca dello stesso epitteto (2); altri ravvisano solo una differenza tra pegno pretorio e pegno giudiziale, secondo le cause per le quali l'uno o l'altro concedeasi, piuttostochè per la loro intrinseca natura e i loro specifici effetti (3).

E noi non possiamo esimerci da un'approfondito esame, perciocchè il pegno pretorio, cangiato nome, non ha cangiata natura e utilità pratica nella nostra legislazione, ed ha poi un'intima connessione col gius ipotecario, per quello che specialmente ci occorrerà di trattare nel seguente § LVIII della parte seconda di questo lavoro. E sotto questo punto di vista, che è tutto pratico, non possiamo nemmanco esimerci dallo studiare i precedenti storici, onde appurare un criterio, col quale ci sarà dato penetrare nello spirito della legge vigente, ajutarci in qualsivoglia sua applicazione.

Avvertiamo soprattutto che il pegno pretorio non era vero pegno, nè ipoteca, ma solo poteva divenire un pegno giudiziale: ma, dal momento chè fosse divenuto tale, cangiava così di natura come di denominazione.

Questa proposizione non è ovvia nell'esame delle leggi antiche, ma non ammette dubbiezza quando attentamente se ne consideri il sistema.

Per diverse cause si concedeva il pegno pretorio. Chiedevalo il legatario per la conservazione del legato o del fedecommesso; chiedevalo il curatore del ventre per la sicurezza dell'eventuale eredità del nascituro (4), ed ottenevalo coll'essere immesso in possessione della cosa le-

(1) Neguzani. *de pignor*. par. 3. m. 1. in princ. Vanderano, *de priv. creditor*. cap. 15. Franc. Balduin, cap. 8. *de pignorib*. Donello, cap. 5. *eod. titulo*. M. Merlin, lib. 1. tit. 3. q. 17. n. 32. Mantica *de tacit. et amb*. lib. XI. tit. 2. n. 6. Richeri, *Jurisprud*. vol. 9. § 1480. Troplong. *des priv. et hyp*. num. 535. bis.

(2) Grenier, *hypothèques*, num. 192.

(3) Ancora i succitati Neguzani. *de pignor*. loco citato. M. Merlin. loc. cit. num. 2 e 3. Ai quali aggiungi Menochio, *de retin. possess. Remed*. 3. n. 251. Dyon. Gothofred. *in notis ad* § 7. *Institut. de actionib*.

(4) L. 3. Cod. *ut in possess. legat*. leg. 1. §. 9. 11, Dig. *quibus ex caus. in possess. eatur*. Leg. 14 et tot. tit. Dig. *ut legat. et fideic. serv. caus. cav*

gata o della sostanza ereditaria (1). Questa immissione in possesso attribuivagli un diritto di pegno? Ulpiano parrebbe rispondere di sì, con dire: *non est mirum si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui* (2). Ed egualmente gli imperatori Severo e Antonino parrebbero uguagliarlo al pegno commune: *si postquam servandi legati aut fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenerit: præcedere causam tuam, quam jure prætorio veluti pignus habuisti, manifestum est* (3). E in altro luogo lo stesso Antonino attribuisce il privilegio di priorità all'erede fedecommessario condizionato, che ottenne il pegno pretorio prima che altri ottenuto avesse il pegno giudiziale (4). Dal che inferirono Balduino (5) e Donneau (6) che sì l'una che l'altra specie sia un vero pegno.

Per un'altra causa concedevasi il pegno pretorio: cioè al vicino che temesse la ruina della casa contigua: della qual specie dicemmo nel num. 8 del precedente § VIII. Anche in questo riguardo il comentatore dell'Editto sostenta l'opinione de' suddetti giureconsulti, scrivendo: *et jus pignoris contrahitur sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti* (7).

Un'altra specie di pegno pretorio concedevasi al creditore, immettendolo il Pretore in possesso dei beni del suo debitore citato in giudizio, ma contumace o latitante (8). Egualmente nel caso che premesse a taluno, ancor prima della contestazione della lite, di conservare nello stato attuale la cosa che s'accingeva di ripetere in giudizio: *rei servandæ causa* (9).

Eppure il pegno pretorio non era vero pegno, ma potea condurvi. Esaminiamone lo scopo e la natura e gli effetti, e vedremo risultare netta ed evidente la nostra proposizione. Ulpiano stesso è quegli che distrugge l'opinione contraria: *is cui legatorum*, scrive nel libro 52.° sull'Editto, *fideivecommissorum nomine non cavetur, missus in possessionem, numquam pro domino esse incipit.* Ma si dovrà ritenere competergli il diritto reale di pegno, e quindi il possesso? No: risponde il G. C., *nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur: neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur,* UT SALTEM TÆDIO PERPETUÆ CUSTODIÆ EXTORQUEAT HEREDI CAUTIONEM (10). Ma, se il pegno pretorio fosse vero pegno, non sarebbe forse un modo di cau-

(1) Leg. 12. Dig. *quib. ex caus. in possess. eatur.*
(2) Leg. 26. Dig. *de pignorat. act.*
(3) Leg. 5. Cod. *ut in possess. legat.*
(4) Leg. 2. Cod. *qui potiores in pign.*
(5) Balduin, *de pignor.* cap. 8.
(6) Donell. *de pignor.* cap. 5.
(7) Leg. 3. § 1. Dig. *de rebus eorum qui sub tutela sunt.*
(8) Leg. 2. 6 e 7. § 1. Dig. *quib. ex caus. in possess.* leg. 15. § 5. Codice *de judiciis.* leg. 8. Cod. *quomodo et quando judex.*
(9) Leg. 1 e 7. Dig. *ex quib. caus. in poss. eatur.*
(10) Leg. 5. Dig. *ut in possess. legator.* Lo stesso si ha da Giuliano nella leg. 2. Dig. *pro hered.*

zione? (1). Epperchè dunque lo si considera piuttosto come mezzo ed incentivo alla cauzione, che non una cauzione per se stesso? Invece qui non lo si concede che *custodiæ causa*: e questa stessa proposizione è ripetuta dallo stesso G. C. ove la conforta colla autorità di Pomponio: *cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere Prætor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit:* NON POSSIDEMUS, SED MAGIS CUSTODIAM RERUM ET OBSERVATIONEM NOBIS CONCEDIT (2).

Era dunque il pegno pretorio una materiale detenzione della cosa *custodiæ causa*. Non potea costituirsi senza l'effettiva immissione in possesso del creditore sui beni del debitore: ed in questo s'accordano i prammatici; chè tutti stabiliscono, il decreto del Pretore, ossia del giudice (che ne' tempi posteriori ebbe delegata l'autorità pretoria) doversi mandare ad esecuzione coll'effettiva *injectio manuum*, ossia praticandolo mediante il pubblico messo sul luogo ove si trovano le cose, affinchè le togliesse al debitore e ne investisse il richiedente (3).

Per questa materiale immissione il pegno pretorio differenziavasi dall'ipoteca, come quella che costituivasi col solo consenso: conveniva col pegno giudiziale, perchè anche in questo vedemmo che fosse necessaria l'immissione: ma differenziavasi dall'ipoteca e dal vero pegno convenzionale o giudiziale, perchè non conduceva alla vendita della cosa posseduta in seguito al primo decreto: ma non dava nulla più che il diritto della custodia (4). Suo scopo era, non già quello del pegno, cioè di vendere la cosa, se nel tempo prefisso non avesse il debitore adempiuta l'obbligazione sua: ma quello di possedere la cosa, *rei servandæ causa*, per sottrarla agli arbitrii del proprietario, che avria potuto deludere il pretendente sia coll'alienarla, sia col darla a pegno, sia col deteriorarla, consumarla o distruggerla: così come appunto vedemmo tendere l'instituzione del pegno giudiziale, che è pegno, epperciò stesso impedisce quegli arbitrii. Ma il pegno pretorio ha bensì la forma e l'apparenza del pegno in questa stessa detenzione del creditore, ma non ha nè la natura, nè lo scopo, nè gli effetti tutti del vero pegno. Perchè anche considerando questa stessa sua detenzione, non aveva il creditore le stesse attribuzioni che avrebbe avuto, se si fosse trattato di pegno: egli avea nel pegno pretorio tutte le più laute facoltà d'amministrare, senza essere responsale se non della lata colpa e del dolo, nel mentre che il creditore pignoratizio era tenuto anche della semplice colpa (5).

(1) V. proced. § VIII. n. 2.

(2) Leg. 12. Dig. *quib. ex caus. in poss. eatur..*

(3) Neguzant. *de pignor.* par. 3. mem. 2. num. 1.. Vanderano, *de priv. creditor.* cap. 15. Postio *de subhastat. inspect.* XI. n. 5 e 56. Mantica *de tacitis et amb.* lib. XI. tit. 2. n. 4-7. Gratian. *discept.* 11. n. 6. 7. Richeri, vol. 9. § 1480. Struvio, *syntag. jur. de pignor. thes* XI. Coccejo, *jus controv. de pignor.* quæ. 5. Brunnemann. in leg. 2. n. 7. Cod. *de præt. pign.*

(4) Paolo in leg. 3. § fin. Dig. *de adquir. possess.* Gajo in leg. 10. § 1, Dig. *eod. titulo.* Neguzant. *de pignor.* par. 3. mem. 2. n. 6. 7. Struvio, *loco citato.*

(5) Leg. 8. § 1. leg. 9. Dig. *de reb. autor. jud. possid.* leg. 15. § 30, Dig. *de damno. infecto.* leg. 5. § 22. Dig. *ut in possess. legator.* Neguzant. *de pign.* par. 3. m. 2 n. 2

Questo provvedimento consideravasi come veicolo di cauzione, piuttosto che cauzione definitiva: mera custodia piuttosto che diritto reale: mezzo piuttosto di coercizione che non di garanzia: *captis pignoribus compellam,* leggevasi nell'albo pretorio (1). Se non si dava la voluta cauzione, il debitore restava privato della disponibilità de' suoi beni. Cauzione e pegno pretorio erano due idee correlative, ma contrarie: messe in modo alternativo: *si intra diem a Prætore constituendum non caveatur, in possessionem ejus rei mittendus est . . . Duas ergo,* inferisce ancora Ulpiano, *duas ergo res magistratibus municipalibus Prætor injunxit:* CAUTIONEM ET POSSESSIONEM (2). E in altro luogo Ulpiano domanda se il vicino immesso in possesso sia obbligato a riparare l'edifizio, *eamque culpam præstare, exemplo ejus qui pignori accepit.* E risponde: *sed alio jure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut* VICE CAUTIONIS *in possessione sit, nihil ei imputari si non refecerit* (3).

L'immissione pretoria attribuiva dunque solamente la materiale detenzione, cogli effetti giuridici che naturalmente ne doveano derivare. Così in quest'ultimo esempio il vicino era immesso in possesso della casa minacciante ruina, allo scopo di dare mano a quelle riparazioni che fossero necessarie onde impedire la ruina di quella casa, e con ciò allontanare il pericolo della propria: delle quali riparazioni avea poi un'ipoteca privilegiata su tutte le altre ipoteche (4): e in secondo luogo allo scopo di costringere il proprietario dell'edifizio stesso, stanco e tediato dalla privazione del godimento, a dare cauzione del temuto pericolo (5). Così in riguardo al debitore contumace o latitante il pegno pretorio produceva questo effetto, come insegna Struvio: *ut tædio rerum suarum ab alio detentarum affectus, aut debito modo cautionem præstet, aut respondeat* (6). Quindi Neguzanzio (7), e il suo pedissequo Mercuriale Merlino (8) dovettero notare questa differenza tra pegno pretorio e pegno vero: che il primo cessasse quando il debitore purgasse la contumacia: il secondo non si estinguesse se non col pagamento del debito.

A questa differenza doveano aggiungerne un'altra assai più radicale e decisiva. Perocchè ognun sa che per le leggi romane, se il creditore fosse stato spogliato del pegno detenuto, gli avanzava l'azione reale ipotecaria, colla quale perseguitava la cosa, in qualunque mano passasse (9); ma il

(1) Balduin, *de pignor.* cap. 8.

(2) Leg. 4. § 1, 3. Dig. *de damno infect.*

(3) Leg. 15. § 30. Dig. *eod. tit.*

(4) Leg. 9. Dig. *de reb. autor. jud. possid.* leg. 5. Dig. *qui potior. in pign.* leg. 25. Dig. *de reb. creditis.* leg. 9. § 1. Dig. *de privil. creditor.* leg. 1. Dig. *in quib. caus. pignus tac. contrah.* leg. 3. § 4. Dig. *de in rem vers.*

(5) D. l. 1. Dig. *quib. ex caus. in poss. eatur.* leg. 4. § 1. 2. Dig. *de damno infect.*

(6) Struvio, *syntagm. jur. de pign. thes* XI.

(7) Neguzant. *de pignor.* par. 3. mem. 5. n. 2. 3.

(8) M. Merlin, *de pign.* lib. 1. til. 3; quæ. 17. n. 4, Mangil, *de subhast.* quæ. 6. n. 13. quæ. 92, n. 4 e segg.

(9) Perciocchè disse Richeri, vol. 9. § 1336. *Ergo quoad actionem hypothecariam nihil interest an pignus constitutum, an hypotheca contracta sit; cum ex utroque nascatur.*

pegno pretorio cessava d'essere tale se il creditore cadeva dal possesso: almeno non avea il beneficio di questa azione ipotecaria reale *contra quemlibet possessorem*. Odasi quel finissimo scrittore che è Francesco Balduino: *non erat tamen olim pignus omnimodo: nulla enim hoc nomine erat actio hypothecaria ad rem persequendam, neque sine possessione consistebat, durabatque hoc pignus* (1). Considerandosi il creditore col pegno pretorio come possessore di fatto, avea solo un'azione *in factum*, ovvero l'interdetto *unde vi*, ovvero quello più generale *recuperandæ possessionis*, secondo il modo diverso col quale era stato privato del possesso: come si spiega da Ulpiano nel titolo delle Pandette: *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (2).

Però i prammatici furono tratti fuor di strada per una disposizione di Giustiniano, contenuta nella leg. ult. Cod. *de prætorio pignore*, il quale erroneamente asserendo non essere stato provveduto dagli antichi, affinchè il creditore potesse ricuperare il possesso perduto (ed or ora mostrammo il contrario), sembrò avergli concesso l'azione ipotecaria: donde arguirono alla perfetta identità del pegno pretorio col pegno ordinario (3). Ma nè il testo, nè la natura del pegno pretorio permettevano codesta illazione; poichè Giustiniano disse: *humanius esse perspeximus et in prætorio pignore dare recuperationem creditori quocumque modo possessionem amittat:* quindi richiamavansi le leggi pretorie antiche, da esso lui dimenticate, e non si attribuiva nulla più che, o l'interdetto, o l'azione in fatto, come si disse. E per altra parte non avrebbe potuto il creditore conchiudere coll'azione ipotecaria, ossia dimandare, o il possesso colla facoltà del vendere, ovvero il pagamento, perchè vedemmo com'egli non avesse altra facoltà che di possedere *custodiæ causa*.

Ma come si vince l'obbiezione proposta in principio che al pegno pretorio fosse inerente il privilegio della priorità di tempo? Noi diciamo che quella prerogativa è piuttosto un effetto della materiale detenzione, che caratterizza il pegno pretorio, che non un argomento valido a qualificarlo per vero pegno. Mostrammo come la principal conseguenza della immissione del creditore fosse quella di togliere al debitore l'arbitrio di disporre della cosa sua, sia coll'alienarla, sia coll'obbligarla ad altri. Quindi se egli avesse concesso un'ipoteca, o si fosse imposto un pegno pretorio per una diversa causa, non potrebbesi con ciò deteriorare la condizione giuridica del creditore immesso in possesso; perciocchè la cosa detenuta da lui non s'intenderebbe suscettibile d'ulteriore vincolo, ma come uscita dalla libera disposizione del debitore. Però questa priorità non è assoluta, e con ciò si differenzia chiaramente il pegno pretorio dal giudiziale e dal commune: perciocchè è piuttosto a considerarsi come un

(1) Balduin, *de pignor.* cap. 8.

(2) Hotoman, in leg. 2. Cod. *de prætor. pignor.*

(3) Balduin, *de pignor.* cap. 8. Zoesio, in Dig. *de pignor.* n. 8. Vanderano, *de priv. credit.* cap 15. Hotoman, in Dig. *qui potiores in pignor.* Neguzanl. *de pignor.* par. 3. m. 2. n. 25 26

privilegio di causa, che non un privilegio di tempo; e i prammatici concordemente professano questa dottrina: che si abbi riguardo a priorità di tempo, quando più creditori furono immessi per cause diverse: non si abbi riguardo alla priorità del tempo, quando furono immessi per cause identiche, ma tutti concorrano (1). Diciamo: nel concorso di cause diverse ha luogo la prelazione di tempo; e vedemmo deciso nella legge 2 Cod. *qui potiores in pignore* che si preferisce il pegno pretorio ottenuto dal legatario al pegno giudiziale posteriormente ottenuto dal creditore dell'erede, e preferito anche al posteriore pegno convenzionale nella succitata legge 3 Cod. *ut in possessionem legatorum*. Ma nel concorso di cause identiche non ha luogo la priorità temporale, per la ragione che il pretore non concedeva quel provvedimento per un riguardo personale al richiedente; sibbene gli altri creditori aventi lo stesso interesse per un titolo eguale partecipavano di quello: quasichè non alla persona del creditore, ma alla causa del credito il Pretore provveduto avesse. E l'attesta Paolo: *et commodius dicitur, cum Prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus, et in rem permissum videri; quod et Labeo putat. Nec videtur libera persona adquirere alii: quia nec sibi quicquam adquirit, cui Prætor permittit: sed aliquid ex Ordine facit, et ideo cæteris quoque prodest* (2). Così Ulpiano parlando dei legatarii; *qui prior missus est legatarius in possessionem, non præfertur ei, qui postea mittitur: inter legatarios enim nullum ordinem observamus: sed simul omnes æqualiter tuemur* (3). Al contrario, come dicemmo già, tra più persone che ottennero il pegno pretorio per cause diverse ha luogo la prelazione di tempo, e talvolta di causa: quindi nello stesso luogo Ulpiano decide che l'immissione del creditore non giova al legatario, e quella del legatario non giova al creditore (4).

Questa diversità di natura e di effetti del pegno pretorio e del pegno comune risulta in maggior rilievo quando si osservi il modo processuale di ottenerlo: perciocchè allora si vede come il pegno pretorio non sia pegno, ma può condurre ad esso, cangiando nome e natura.

I prammatici sogliono dire che lo si concede *ex primo decreto* e produca con esso gli effetti superiormente notati (5). Se il debitore dopo una lunga privazione delle cose sue, e come si diceva, in seguito alla *possessio tædialis* (6) non dava cauzione, impetravasi un *secondo decreto*. Frattanto

(1) Neguzant, *de pignor*. par. 5. mem. 2. n. 6, 11. M. Merlio, *de pignor*. lib. 1. tit. 3, quæ. 22. n. 1-7. Mantica, *de tac. et amb.* lib XI tit. 22 n. 22. Struvio. *Syntag. jur. qui potiores. thes.* 29. Zoesio, *in pand. de pignor*. num. 9. Voet, *in pand. qui potiores.* num. 28. Cojaccio, *paratit.* Cod. *si in causa jud. observ.* 5. Hotomen, in Dig. *qui potiores in pignor*. Pothier, *pand. riord. qui potiores*. art. 2. n. 16. Perezio, in Cod. *de prætor pignor* num. 5.

(2) Leg 12. Dig. *de rebus autor. jud possid.*

(3) Leg. 5. § 3. Dig. *ut in poss. legator.*

(4) D. leg. 5. § 2 e 4. Quest'ultima proposizione non fu veduta da Richeri, vol. 9. § 1566, che disse eservi prelazinoe di tempo solo in riguardo al pegno ordinario.

(5) Neguzant. *de pign*. par. 3. m. 3. n. 1. Mengilio *de subhast.* quæ. 6. n. 2. Postio, *de subhast. inspect.* XI. n. 8.

(6) M. Merlio, lib. 1. tit. 3. quæ. 17. n. 16.

dovea il creditore o legatario od altro richiedente dedurre per filo e per segno in giudizio e liquidare il suo diritto di cui volle cautarsi (1). Ma secondo la diversa natura di questo diritto, diverse erano le attribuzioni concesse dal secondo decreto. Se l'oggetto della pretesa era d'acquistare il possesso e la proprietà della cosa posseduta, ottenevasi definitivamente o il possesso o la proprietà stessa (2). Se l'oggetto della pretesa era un diritto ereditorio, distinguevasi: o non avea il creditore che una azione personale, e col primo decreto acquistava la detenzione materiale, col secondo decreto otteneva il pegno giudiziale, cioè l'ipoteca e la detenzione coll'implicita facoltà del vendere (3): e Neguzanzio dice: *ante annum sit detentator, et non possessor tenendus* (4); ma nelle azioni reali, supponiamo nell'azione ipotecaria, acquistava col primo decreto il pegno giudiziale, avendo in precedenza un'ipoteca: ma con questa differenza, che pel primo decreto questo era rivocabile, nel caso che il creditore non avesse potuto legittimare il suo diritto: ma leggitimatolo e ottenuto il secondo decreto, possedeva irrevocabilmente per quel titolo.

Queste nozioni verranno meglio dilucidate col confronto delle vigenti leggi austriache.

**4.** Le cose esposte danno frattanto a divedere come il pegno pretorio non sia molto dissimile da ciò che oggidì viene sotto il nome di *arresto* o *sequestro* o *pignoramento*.

L'arresto fu definito, secondo la giurisprudenza intermedia, in questo modo da Peckio: *alio modo arrestum, prout nec græca nec latina, sed mere gallica vox est, significat impedimentum, sive interdictum, ne res aut persona loco aut statu suo moveatur* (5). Questo impedimento si ottiene dal giudice non senza qualche condizione; poichè si richiede, secondo che scrisse Struvio, *ut summarie fidem faciat quis judici de suo debito* (cioè del suo diritto); *deinde ostendat aliquod periculum subesse, ut sibi de consequendo debito prospicere ita debeat* (6). L'arresto con tal nome, e colle specifiche differenze col pegno pretorio era sconosciuto ai Romani. Conoscevano il sequestro, non il giudiziale, ma solo il volontario, cioè il deposito d'una cosa litigiosa fatta presso di alcuno per consenso dei litiganti; come dice Goeddeo: *nihil aliud esse*

(1) Postio *de subhast. inspect.* XI. n. 39. 69. 70.

(2) Leg. 15. 16. 17. Dig. *damni infecti.* Mangil. *de subhast. quæ* 6. n. 3.

(3) Leg. 7. § 1. et segg. leg. 14. § 2. Dig. *ex quibus caus. in possess. eatur.* leg. 5. Dig. *de reb. autor. jud. possid.* Struvio, *syntag. jur. de pign. thes.* XI. Pietro Müller *in notis al med.* Coccejo, *jus controv. de pignor.* quæ 5.

(4) Neguzant, *de pign.* par. 3. mem. 2. n. 6-8.

(5) Peckius, *de jure sistendi*, cap. 1. n. 1. La stessa definizione ci è somministrata da Carpzovio, *process. juris Saxon.* tit. 21. art. 1. num. 1. Veggasi in Goeddeo, *de sequestration. possess.* cap. 1. num. 109. una dotta dissertazione sulla differenza storica e giuridica tra il pegno pretorio l'arresto ed il sequestro.

(6) Struvio, *syntagm. jur.* tit. *de pignorib. thes.* 12. Vedi anche Coccejo, *Ius controvers.* tit. *de pignorib.* quæ 5.

*quam depositionem rei, de qua controversia est, a litigatoribus pluribus facta* (1). Secondo questo giureconsulto l'arresto differisce dal sequestro, perchè quello può cadere anche sulla persona, questo solamente sulle cose (2). E secondo Carpzovio l'arresto saria stato trovato nel Diritto di Sassonia (3).

Nel Diritto civile austriaco, ossia nei capitoli XXVIII, XXIX e XXX del vigente Regolamento giudiziario, l'antico pegno pretorio passò nella nostra pratica colle suddette distinzioni della giurisprudenza germanica; cioè dell'arresto personale, e del sequestro delle cose.

Questa parentela dell'odierno sequestro coll'antico pegno pretorio è più che manifesta, perchè quello ha quasi le identiche funzioni e gli stessi effetti che gli antichi ne'diversi casi attribuivano al primo e al secondo decreto. Ambedue hanno due massime funzioni: cioè o sono veicolo e incentivo d'una vera cauzione, o costituiscono per sè stesse una cautela provvisionale per assicurare il possesso od una ragione qualunque verso la cosa sequestrata.

Il sequestro è piuttosto incentivo di cauzione che non per sè medesimo una vera e reale cauzione: come sarebbe il pegno o l'ipoteca commune, o il pegno giudiziale; perchè nel § 372 dello stesso Regolamento si dice, che esso dovrà levarsi subito che il debitore convenuto avrà prestata *sufficiente cauzione* all'attore per *la sua pretensione*. Il sequestro adunque si concede in qualche caso affinchè il debitore *cautionem præstet*. Si concede anche come cautela provvisionale, perchè tale è chiamato nel successivo capitolo XXX: e l'essersi chiamato in tal modo in questo capitolo è segno evidente che non sia l'identico di quello che fu regolato nell'antecedente capitolo, la cui rubrica dice semplicemente del sequestro de' mobili esistenti nelle mani d'un terzo.

Questo sequestro provisionale secondo il § 376 si concede nel modo seguente: « ogni qualvolta (vi si dice) *sarà controverso il possesso d'una cosa o ragione* fra l'attore e il reo, senza che alcuna parte sia in grado di provare incontanente il suo diritto, si accorderà dal giudice, avanti al quale pende la controversia, sopra istanza dell'una o dell'altra, il sequestro, oppure, essendo fattibile, il deposito in giudizio della cosa controversa. » E nel successivo § 378 che richiama il § 356 dice la legge: che questo sequestro può impetrarsi anche quando non è controverso il possesso o la proprietà della cosa, ma si vuol chiedere un'arresto provvisionale contro i debitori sospetti di fuga per causa d'insolvenza.

Dunque per la legge nostra il sequestro, come il pegno pretorio presso gli antichi, si concede per la futura realizzazione d'un diritto personale od anche per quella d'un diritto reale. Quindi non sono altrimenti diversi gli effetti che ne conseguono.

(1) Goeddeo, Rubrica *de sequestrat. posses. et fruct.* num. 18.

(2) Id. ibid. num. 20.

(3) Carpzovio, *process. jur.* tit. 21. art 1. num. 4.

Il semplice sequestro, ossia quello conceduto *ex primo decreto* per una pretesa personale creditoria, non può attribuire che la custodia della cosa, può impedire al debitore di alienarla od impegnarla ad altri, ma non attribuisce a chi l'ottenne alcun diritto reale o prelazione vera di pegno; ma giova a tutt' i creditori della medesima causa, della stessa classe. Dopo il secondo decreto, ossia la sentenza che liquida la pretensione creditoria, il sequestro diventa pegno giudiziale.

Se invece la pretensione è reale, cioè tende al possesso o alla proprietà della cosa sequestrata, col primo decreto s'impedisce la distrazione o diminuzione economica o giuridica della cosa; col secondo decreto si ottiene quel diritto di possesso o di proprietà che fu ricercato.

La legge austriaca non ha dedotto nettamente questi importanti corollarj: il che imbarazza gravemente la pratica: però e la natura delle cose, e la diligenza scrupolosa della legge nostra nel conservare l'antica tradizione, ci confortano nell'opinione di attribuirle questa efficienza. Noi dovremo ritornare su questo proposito nei luoghi, ove parliamo dell'effetto suo di impedire la libera disponibilità del fondo sequestrato (§ XI num. 5), della prelazione ipotecaria (§ XLVII num. ult.), e specialmente in riguardo al pignoramento esecutivo (§ LVIII e LIX).

Ci basti frattanto d'avere rilevate le massime differenze teoriche e pratiche di questo speciale mezzo assicurativo.

**5.** Dal pegno giudiziale si deve accuratamente distinguere l'ipoteca giudiziale, in ciò che l'uno è vero pegno, ossia ipoteca colla materiale detenzione della cosa, l'altro è una semplice ipoteca, che non si differenzia dalle altre ipoteche se non per la diversità del titolo. Anche presso gli antichi si costumava questa ipoteca, nel caso che il giudice ingiungesse all'una delle parti di dare cauzione all'altra, come vedemmo nel precedente §. Ma con questo nome speciale si usa oggidì piuttosto di alludere ad un'ipoteca generale, che fu trovata in tempi posteriori. Citano i francesi l'ordinanza di Moulins dell'anno 1566, come introduttrice di questo diritto, ossia dell'ipoteca generale sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore, cagionata dalla sola sentenza del giudice, senza nè speciale decreto, nè materiale o fittizia immissione in possesso (1). La legge del messidoro (anno 3 della Rivoluzione francese) nell'articolo 10, quella del brumale (anno 7) nell'articolo 3, il Codice Napoleone nell'articolo 2123 e 2134 conservarono ai moderni tempi della pubblicità e della specialità quella disastrosa eccezione, modificandola solo in ciò che fu sottomessa all'inscrizione ne' registri pubblici ipotecarj, ma ritenendone la generalità dell'affettazione, e la derivazione immediata dalla sentenza o convenzione giudiziale; col che diedero luogo a un'imbarazzo gravissimo, a una matassa inesplicabile di liti: i quali colla specialità non doveano nemmanco sospettarsi (2).

(1) Merlin, Répertoire, v. *hypothèque sect.* 1. § 6, num. 1. Grenier, *hypothèques.* num. 192. Troplong. *des priv. et hyp.* n. 435. bis.

(2) Vedasi in particolare Grenier, *hypothèq.* par. 1, chap. 2. Troplong. *des priv. et hyp.* sub. art. 2123. e Chiesi, *sist. ipot.* ibid.

Noi non sapressimo come giustificare questa smania legislativa di provvedere a tutto, di sostituirsi all'attività individuale; quasi che la libertà e l'intelligenza dei privati non fosse bastevole a provvedere al proprio interesse, ad utilizzare la sanzione generale dell'esecuzione dei giudicati sopra quei beni ed in quella misura che sembrasse più conveniente all'indennità del creditore; quasi che, soggiungiamo, non fosse abbastanza difficile la missione del legislatore, perchè si debba affaccendare anche nella privata economia.

Non può forse il creditore realizzare od assicurare il suo diritto accertato in giudizio, col domandare l'ipoteca sopra qualunque bene del suo debitore? Scielga se vuole quel qualunque bene che gli sembri più conveniente al pagamento o alla sicurezza: e scielto che l'abbia, domandi al giudice che gli conceda il titolo all'ipoteca, che gli accordi il pegno giudiziale. Non possiede il debitore alcun bene? perchè si dovrà vincolare ciò che non ha? Cosa vuol dire ipotecare la proprietà futura? Fuori della speciosa ed ingannevole apparenza dei nomi, noi non vediamo che un non ente, una fantasia, non già una cosa, un diritto, una proprietà qualunque. Se si dice che l'ipoteca suppone la proprietà, (come vedremo in appresso nel § XIII), si dice implicitamente che la proprietà debba essere del debitore o di chi costituisce il pegno. Il dire proprietà futura è come dire proprietà non presente, proprietà di tutt'altro che di una data persona; è lo stesso che dire un attributo senza soggetto, un diritto senza la persona: una qualità senza la sostanza. La proprietà implica un concetto di relazione col proprietario. Ma quando si dice proprietà del debitore, si intende che questa includa un concetto di relazione reale, non una relazione fantastica e imaginaria. Se io dico: il tale è proprietario d'una cosa, dico insieme che è veramente proprietario; ma se dico: sarà proprietario, dico necessariamente che all'atto che io parlo non lo sia. Così se io dico: la proprietà futura del debitore può essere oggi ipotecata, dico insieme che il debitore non è oggi proprietario, che ipoteco una cosa che non appartiene e non è proprietà del debitore. Ed allora come farò io a conciliare questa pretensione della possibilità di ipotecare una proprietà futura con quell'altra, pur incontrastabile verità, che l'ipoteca per essere ipoteca deve cadere sulla proprietà del debitore o di chi la costituisce?

L'ipoteca generale sui beni futuri implica appunto questo controsenso, questa contraddizione. Il giudice, nell'ipoteca giudiziale de'francesi, può vincolare col decreto di oggi la proprietà del domani, cioè la non proprietà; e l'ipoteca, che si dice diritto reale e limitazione della proprietà, diviene precisamente l'opposto, cioè la limitazione della non proprietà.

Ben è vero che nell'articolo 2134 del Codice civile francese si dispone, che l'ipoteca giudiziale non conta che dal giorno dell'iscrizione; ma non s'impedisce punto che s'ipotechi la proprietà futura, che con una sola

iscrizione si pretenda ipotecata quella proprietà, che pervenisse molto tempo dopo al creditore nel circondario assegnato all'ufficio, ove quella inscrizione seguì. Questa è la precisa conclusione sostenuta da Persil (1), da Grenier (2) e da Troplong (3). Praticamente, è vero, quell'ipoteca non può contare, indipendentemente dall'inscrizione, che dal giorno in cui il debitore avesse fatto i nuovi acquisti; pure ne derivano pur praticamente degli immensi imbarazzi e al sistema ipotecario e all'interesse del debitore. Dicano pure i francesi di non badare nè tanto nè poco alle teorie, di non sgomentarsi del controsenso manifesto che ci ha nell'ipoteca generale sui beni futuri; noi li seguiamo pur nella pratica, sul terreno dei fatti e della quotidiana applicazione. Non impunemente si offende la logica, e ben lo provarono tutte le volte che la offesero. Vuolsi l'ipoteca generale? E bisognerà allora caricare la sostanza del debitore, tutte e singole le parti del suo patrimonio stabile d'un ipoteca che sorge minacciosa sopra tutti indistintamente; nel mentre che una piccolissima parte avria bastato all'indennità del creditore. Lo stesso credito affetterà qualunque fondo, e si moltiplicherà sopra ciascuno, almeno quanto agli effetti del credito, che è pure la potenza e la libertà del debitore. Da indi il gravissimo imbarazzo delle ipoteche collettive, che s'oppongono alle posteriori speciali; per le quali il creditore esercitando la concorrenza, può e paralizzare la sicurezza dei creditori speciali, e a sua scelta esercitare la sua priorità in danno dell'uno o dell'altro, secondo il suo buono o mal talento. Vuolsi rispondere che il debitore per gli articoli 2161-2165 del Codice Napoleone può chiedere la riduzione delle ipoteche generali alla giusta misura? Sia pure. Ma non era meglio risparmiare al debitore un tedioso e lungo e costoso giudizio, temperando sul principio la libertà del creditore?

E prescindiamo pur anco da ciò. Tuttavia nascerà l'inevitabile conseguenza di dover provvedere all'interesse dei venditori pel prezzo insoluto, di chi somministrato avesse il danaro per la compera, de'coeredi, de'socii pe'conguagli delle divisioni. A queste persone, come vedremo nel successivo § XLVII num. 10, concedono i francesi un privilegio allo scopo di superare l'effetto di queste ipoteche generali. Forse che questi privilegi non imbarazzano grandemente il sistema ipotecario?

E questi malanni dell'ipoteca giudiziale, in quanto si estende ai beni futuri, sono tanto meno sopportabili, perchè, come già dissimo sono un provvedimento di legge non assolutamente necessario all'indennità del creditore; potendo questi agevolmente assicurarsi colle ipoteche speciali, e meglio ancora col sistema austriaco delle prenotazioni, cioè coll'inscrizione anticipata alla verificazione giudiziale del suo credito.

Nessuno vorrà negare la verità di ciò che dissero Grenier (5) e Troplong (4) sulla necessità d'assicurare ipotecariamente quei crediti che fu-

(1) Persil, *quæstions hypoth.* pag. 38.
(2) Grenier, *hypothéq.* num. 195.
(3) Troplong *des priv. et hyp.* n. 436.
(4) Grenier, *hypothèques*, num. 195.
(5) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 435. bis.

rono riconosciuti e liquidati colle decisioni dei tribunali. E non solo non la neghiamo, ma vorressimo fecondarla, raccomandando quest'eccellente e utilissimo metodo delle prenotazioni, di accordare cioè le ipoteche anche quando i crediti non fossero rivestiti della sanzione giudiziale, ma sotto condizione che lo fossero regolarmente. Ma ciò che critichiamo è il metodo delle ipoteche generali, che offendono la sostanza d'ogni buon sistema ipotecario, la specialità vogliam dire.

Dirà taluno che noi spendiamo parole inutili, perchè quelle ipoteche furono presso di noi da lungo tempo abolite. Eppure non ci sembrano, se non nella pratica immediata, certo nell'assodare quel criterio semplice e costante del vero sistema ipotecario, che è pur di quotidiana applicazione ne' giornalieri negozii. E questo criterio s'alimenta nella luce della legislazione comparata, e nell'autorità di celebratissimi giureconsulti. Eppure non v'ha nulla di più pericoloso di ciò. Perciocchè vediamo un Troplong, che si può dire l'antesignano della dottrina ipotecaria in Italia, sostenere calorosamente questa ch'egli dice *antique création de notre jurisprudence* (francese s'intende), con argomenti che son pure indegni del suo nome. Protesta egli che in virtù de' principii generali (non sappiamo di qual scienza, non certo della giuridica) l'obbligazione del debitore, per essere constatata in giudizio, divenga non solo più stretta e più rispettabile, ma un'obbligazione novella che sanziona e fortifica la precedente (1). Nuovissime cose son queste. Il debitore è debitore, non perchè abbi una responsabilità morale, ma perchè il giudice glielo comanda: la sentenza fu sempre intesa come un atto dichiarativo d'un debito preesistente, secondo Troplong diviene attributiva d'un debito; la sentenza non vale per sè ad introdurre una novazione del debito, ma secondo i principii genera li sui quali s'appoggia Troplong, succederà d'ora in avanti il contrario.

Eppure i suoi connazionali propugnarono all'assemblea legislativa del dicembre 1850 degli altri principii generali, coi quali vennero precisamente alla conclusione opposta, e bandirono la croce adosso, non solo all'ipoteca generale pei beni futuri, ma a qualunque ipoteca che derivasse dall'autorità del giudice: e nei due progetti di legge ipotecaria presentati da Rouher e da Vatimesnil abolirono l'ipoteca giudiziale (2). E il signor Chiesi, che pur con molta profondità di ricerche e una corrispondente maturità e sciollezza di giudizio ora sta illustrando i sistemi ipotecarj delle provincie italiane, sottoscrive a quella abolizione radicale, e niega all'autorità giudiziale la facoltà di concedere il titolo di un'ipoteca speciale, per il motivo, che offenderebbe il principio fondamentale della eguaglianza di tutti i creditori, fra i quali si deve senza distinzione alcuna ripartire il prezzo dei beni del comun debitore; che non è giusto che si dia al magistrato il potere di creare colla sua sentenza dei diritti che i litiganti non aveano prima del giudizio: e con ciò ritiene *per fer-*

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 435, bis, in fine.

(2) Moniteur universel, 19 dicembre 1850.

*missimo che gli avvocati e difensori dell'ipoteca giudiziale non riesciranno mai a purgarla della macchia d'ingiustizia della quale è infetta* (1). Eppure desidereremmo vedere come egli potrebbe con quella degnità della assoluta eguaglianza cittadina sostenere la giustizia dell'ipoteca convenzionale, in confronto ai creditori chirografarii anteriori; come potrebbe difendere tutte le reali ineguaglianze che il Diritto civile fin qui non ha mai preteso di appianare e distruggere. Pur egli vidde che *jura scripta sunt vigilantibus;* pur dovea vedere che la legge protegge la libertà individuale in quanto è strettamente necessario alla felicità dell'individuo, alla sanzione della proprietà: che ella apre i suoi tribunali a chiunque, non esclude nessun creditore, ne regola il concorso, punisce gli oberati fraudolenti. Dicasi pur ciò che si vuole col pretesto di quella sentimentale eguaglianza; ma la legge non deve rifiutarsi a soccorrere il creditore nel quale venne meno la fiducia personale; ed ella rispetta il credito, finchè sussiste tra i privati; ma deve confortarne i rapporti giuridici, appena che l'anima di essi, la fiducia personale è svanita. La legge parla coi Codici, ma s'interpone e funziona coi giudici. Diniegare ai giudici il potere è diniegarlo alla legge. Disconoscere nel giudice la facoltà di assicurare il credito oscillante, è un disconoscere lo spirito e il dovere della legge di soccorrere a quanti creditori abbiano bisogno della sua protezione. Tutti i creditori sono liberi di domandargliela. Chi nutre una fiducia personale verso il debitore è padrone di non domandarla: egli è l'unico depositario de'suoi sentimenti. Chi diffida del debitore impetra dalla legge e quindi dal giudice la pace e la sicurezza. E l'ottiene. Vorrassi disconoscere la funzione benefica del credito? Vorrassi sacrificarla per odio dell'ipoteca, della sistemazione giuridica necessaria? Vorrassi legare la libertà del debitore impedendogli le risorse del credito personale, e le sue naturali garanzie?

E tra queste opinioni contrarie vanno divisi e giureconsulti e legislatori; nè si può ragionevolmente sperare che sieno in breve ora composte, perchè la disputa sconvolge fin anco le prime basi di tutto il sistema.

Per ora dobbiamo constatare quanto il progresso verso la finale unificazione sia tardivo. Imperocchè i Codici del Regno delle due Sicilie (2), di Parma (3), del Canton Ticino (4), del Piemonte (5), di Romagna (6), e del Modenese (7) conservarono l'ipoteca giudiziale dei francesi con efficacia ge-

(1) Chiesi, *sistema ipotecario* vol. 3. num. 645 e 673.

(2) Art. 2009, 2020 e 2042 del Codice siciliano.

(3) Art. 2177, 2186, 2193 e 2194. del Cod. parmigiano.

(4) Art. 1144, 1148, 1153, 1164, e 1165 del Cod. ticinese.

(5) Art. 2177-2180, 2183, 2216, 2217 e 2233 del Cod. albertino.

(6) Art. 120, 121, 144, 146-148, regolamento ipot. di Romagna.

(7) Art. 2175, 2176, 2187, 2198. Cod. estense Chiesi *sist. ipot.* num. 674. Però però dar luogo a qualche dubbio l'opinione contraria, che cioè l'ipoteca giudiziale non si estenda per quel Codice ai beni futuri.

nerale sui beni presenti e futuri; solo in Toscana cogli articoli 68 e 81 del motuproprio 2 maggio 1836 si tolse a quest'ipoteca la virtù di estendersi ai beni futuri, ma solo fu fatta operativa sui beni posseduti dal debitore *nel giorno della condanna* e della omologazione delle pronuncie degli arbitri, o della dichiarata esecuzione delle sentenze dei tribunali esteri. Questa limitazione però non è sufficiente; ed a mio giudizio si avrebbe dovuto dire che l'ipoteca o il titolo giudiziale avesse effetto reale solamente sopra i beni posseduti del debitore nel giorno dell'inscrizione, e in quanto sieno specificati in essa: per tal modo si avria data facoltà al creditore d'ipotecare i beni futuri col titolo antico, ma solo all'atto dell'inscrizione speciale.

**6.** Nel sistema austriaco invece la sentenza del giudice conduce mediante la esecuzione a procacciare al creditore un semplice titolo di ipoteca. Il qual titolo diviene poi costitutivo dell'ipoteca in due modi, o coll'iscrizione ordinaria, di cui parleremo nel capitolo seguente, o col metodo straordinario e più pronto della prenotazione, di cui pure parleremo nel Capitolo IV di questa prima Parte. Quindi riteniamo che la sentenza del giudice non produce un diritto reale d'ipoteca per sè sola, ma sibbene un titolo idoneo della medesima; il quale diviene ipoteca mediante le ulteriori pratiche esecutive.

La esecuzione non si darà se non sopra sentenza e convenzione giudiziale: è detto nel § 385 del Regolamento giudiziario. Ma anche la decisione degli arbitri, passati che sieno senza reclamo i quattordici giorni fissati dal § 353 dello stesso Regolamento, dopo la intimazione fattane alle parti, può essere soggetto di esecuzione, da ricercarsi però al giudice ordinario (§ 355 detto Reg.). Parimenti le convenzioni fatte in giudizio di conciliazione sono equiparate alle convenzioni giudiziali (secondo il § 7 della Notificazione governativa 2 marzo 1824).

Ed anche le convenzioni erette presso le Direzioni generali di polizia, e dalle medesime autenticate, negli oggetti, nei quali esse pel loro instituto sono autorizzate a conciliare le parti, valgono in tutto e per tutto come convenzioni giudiziali, e non può essere ad esse negata la esecuzione giudiziale (Gov. Notif. Lomb. 18 gennajo 1819).

Quando il reo sarà in obbligo di pagare una somma di danaro all'attore, questi dovrà nell'istanza per l'esecuzione denunziare quei beni di ragione del reo sopra i quali intenderà conseguire la sua soddisfazione (§ 400 Reg. Giudiz.). Quando l'attore domanderà l'esecuzione sopra un bene stabile, il giudice a di lui istanza deve accordargliene il pignoramento, sempreché non lo avesse già conseguito colla precedente prenotazione od in altro modo, e farà quindi decreto, acciocchè in conformità della sentenza o convenzione giudiziale si trasferisca nell'attore il diritto reale, cioè gli si costituisca secondo la pratica del luogo il pegno giudiziale; dovendo la superiorità del luogo in cui è situato il fondo dare immediata esecuzione alle lettere

requisitoriali che le verranno dirette dal giudice a tal effetto colla maggior sollecitudine (§ 415).

Questo titolo esecutivo esclude adunque ogni idea di generalità d'affettazione sui beni del debitore. Tutti i beni si possono apprendere, e non solo quelli che appartengono al debitore all'epoca in cui s'incomincia la esecuzione, ma anche quelli che gli potessero pervenire in processo di tempo; ma in qualsiasi caso ciascun bene deve essere specificato. Onde è che la ipoteca conceduta per l'esecuzione d'una sentenza, è sempre speciale e pubblica.

Riguardo all'esecuzione delle sentenze pronunciate all'estero, la Sovrana Risoluzione 11 maggio 1818 stanziò questi provvedimenti:

1.° Sopra le sentenze pronunciate in estero Stato e passate in cosa giudicata, i giudici nel Regno lombardo-veneto devono accordare l'esecuzione, sia che ne venga fatta la domanda dalla magistratura estera, o dal creditore stesso, quando però concorrano le seguenti condizioni:

*a)* che il giudice estero in forza dei principj legali generalmente adottati sia stato competente, rapporto al reo convenuto; sul quale oggetto si possono in casi dubbj ricercare a lui stesso o alla parte lo occorrenti maggiori dilucidazioni;

*b)* che la sentenza venga prodotta in originale, e che venga attestato, o nella requisitoria del giudice che l'ha pronunciata, o mediante certificato d'ufficio dal giudice stesso, allorchè la domanda d'esecuzione è presentata dalla parte, essere la sentenza passata in cosa giudicata.

*c)* l'esecuzione ha luogo in tanto solamente in quanto anche alle sentenze dei giudici di questo Regno venga in egual modo e senza veruna difficoltà data esecuzione dai giudici del paese in cui la sentenza fu pronunciata: ciò che però si presume sin tanto che non vi abbia un particolare motivo per dubitare.

2.° Se il giudice di prima istanza trova in tutti questi riguardi dei dubbj, su cui nemmeno le maggiori dilucidazioni ricercate previamente alla parte o al giudice estero valessero a tranquillarlo, può domandare istruzione al tribunale d'Appello, il quale secondo le circostanze gliela dà immediatamente, o sottopone gli atti al Senato lombardo-veneto del supremo tribunale di giustizia.

3.° In generale i giudici del Regno lombardo-veneto non procedono mai d'ufficio per l'esecuzione delle sentenze pronunciate all'estero, ma unicamente secondo le generali prescrizioni del regolamento civile. Perciò è a carico del creditore di chiedere e di sollecitare i singoli gradi dell'esecuzione, *di specificare esattamente l'oggetto*, di procurarsi ciò che sarà stato riscosso pel suo credito, e di costituire a tal uopo nel luogo del giudizio un procuratore pel caso di sua assenza; intorno alle quali cose il giudice lo instruisce, occorrendo, mediante decreto attergato alle sue istanze, o esprime i necessarj rilievi nella risponsiva al giudice estero. Se però questo nella requisitoria *ha indicato con preci-*

*sione l'oggetto da sottoporsi ad esecuzione, fa eseguire senz'altro quella disposizione che tende ad assicurare al creditore il diritto di pegno sull'oggetto medesimo.*

4.° In egual modo anche i giudici del Regno lombardo-veneto nelle cause presso di loro pendenti devono ad istanza delle parti, col mezzo di lettere requisitorie ricercare i giudici esteri, quando non sia già noto che sogliono essi ricusare ogni sussidio di giustizia.

5.° Viene esercitata la più rigorosa rappresaglia contro quei giudici esteri che ricusano la esecuzione delle sentenze pronunciate in questi stati, o vi frappongono difficoltà in pregiudizio del creditore austriaco. (1). »

Non si potea con maggior larghezza di principj, e precisioni di termini sciogliere questa importante quistione dell'efficacia d'una sentenza pronunciata da un giudice forastiero; la quale produrrebbe all'estero l'ipoteca generale, come quella che ivi è la forma nazionale d'esecuzione, e che dovendosi eseguire sul territorio lombardo-veneto deve ottenere una forma d'esecuzione consentanea al sistema esecutivo ed ipotecario vigente; cioè possa produrre nulla più che un'ipoteca speciale (2).

Questa Risoluzione sovrana fu un cortese invito alle sovranità estere perchè accedessero alla reciprocanza dei rapporti giudiziarii, promulgata come principio internazionale dal Legislatore austriaco. Il Governo di Sardegna vi accedette; e col Decreto aulico 24 ottobre 1820 (3), e poscia coll'Ordinanza del ministero della giustizia 23 gennajo 1852 apprendiamo essersi stabilite le seguenti regole: osservato il reciproco, l'esecuzione delle sentenze proferite da qualunque tribunale di S. M. sarda, passate in giudicato e susseguite da requisitoria, dev'essere in questo Regno lombardo-veneto soggetta al giudizio di delibazione, non solo sulla competenza, ma ben anche sulla manifesta ingiustizia, e non verrà effettivamente data se non quando sia provocata dalla parte che ha interesse di chiederla o da un di lei legittimo procuratore.

Parimenti il Governo pontificio con sua Notificazione 11 marzo 1820 (4) ammise l'esecuzione dei giudicati emanati dai competenti tribunali esteri nelle cause profane contro i laici, dappresso la requisitoria dei tribunali suddetti che gli hanno pronunciati, qualora dall'attore ne sia fatta l'opportuna domanda. Il tribunale requisito deve ricercare che la sentenza sia esibita in originale o in copia autentica, le cui firme sieno riconosciute dai rappresentanti del Governo pontificio nelle solite forme: che sia stata pronunciata da giudice competente, che sia passata in cosa giudicata; deve astenersi da veruna cognizione sul merito: eccetto il caso che si esibisse un nuovo documento non contem-

(1) Circolare d'Appello lom. 25 settembre 1818, e Notif. gov. lom. 26 gennajo 1819.

(2) Questo punto trovasi molto controverso nella giurisprudenza francese, come si vede in Grenier, *hyp. disc. prélim.* pag. XXXV.

(3) Circolare dell'Appello lomb. 18 febbrajo 1823, num. 1632-89. Circolare dell'Appello veneto; 21 dello stesso mese.

(4) Pubblicata nella succitata Circol. d'App.

plato nel giudicato. L'esecuzione (art. 7.) sarà fatta a termini della sentenza con quei modi e con quelle forme che sono prescritte nelle esecuzioni dei giudicati dello Stato.

Il Governo del Canton Ticino egualmente con suo decreto 9 luglio 1819 (1), accolse il principio proclamato dalla sullodata Risoluzione del Sovrano austriaco, determinando che le sentenze civili pronunciate nel Regno lombardo-veneto saranno eseguite dai tribunali del Cantone, quando ne venga fatta direttamente la domanda dai creditori: purchè il giudice, il quale pronunciò la sentenza, sia stato competente (in forza dei principii legali generalmente adottati) rapporto al reo convenuto; la sentenza venga prodotta in originale col certificato d'ufficio che sia passata in cosa giudicata. Il creditore deve parimenti, sollecitando l'esecuzione, specificare esattamente l'oggetto. L'esecuzione può ricercarsi anche per lettere requisitoriali dirette al Consiglio di Stato.

Anche nella Toscana, col motuproprio 2 maggio 1836 all'art. 67 n. 1 si dispose che le sentenze de' tribunali esteri conferiscono ipoteca (speciale da inscriversi, art. 68. 81) appena sieno state dichiarate eseguibili dai tribunali toscani, e dal giorno di tal dichiarazione; salve nei casi particolari le diverse disposizioni delle leggi politiche e dei trattati. Dunque pel reciproco anche le sentenze de' tribunali toscani sarebbero nel lombardo-veneto meritevoli di esecuzione (2).

Lo stesso si deve dire circa il Ducato di Modena; perchè nell'art. 2177 del Codice civile estense troviamo un'identica disposizione: « le sentenze pronunciate all'estero non producono ipoteca, a meno che non sieno state dichiarate esecutorie dal supremo tribunale di questi Stati (modenesi), salvo le disposizioni contrarie che possono derivare dalle leggi politiche, o dai trattati. »

(1) Pubblicato nel sudd. Aulico Decreto 24 ottobre 1820. e Circol. d'App. 18 febbrajo 1825.

(2) Arg. della Notif. gov. 29 gennajo 1819 suscitata. Vedi la Circolare d' App. Ven. 12 maggio 1846.

## § X.

Niuno è tenuto a ricevere in pegno a titolo di cauzione una casa per un valor maggiore della metà, nè un fondo per un valore maggiore di due terzi della stima.

§ 1374, *ed arg. dal* § 230, *Cod. civ. aust. e dall' art.* 2162, *Cod. Nap.*

SOMMARIO.

1. Criterio per determinare quanta parte del valore d' uno stabile basti alla sicurezza d'un credito.
2. Come si determina il valore del fondo. È rigorosamente necessaria un'apposita stima?

**1.** Utilissimo è il criterio che il Legislatore austriaco nel § 1374 del Codice civile stabilì per giudicare della misura, in cui il valore d'un fondo o d'una casa potesse bastare alla sicurezza d'un credito: il qual criterio viene pure a stabilire nel § 230 dello stesso Codice, ove, disponendo del modo con cui debbansi collocare i capitali del minorenne, dichiara, « la sicurezza riputarsi legale allora solamente quando mediante l'assicurazione, *computativi i pesi preesistenti*, non venga aggravata una casa più della metà, una possessione o un fondo campestre più di due terzi del suo vero valore ».

Questa differenza di proporzione tra il valore pressochè inalterabile d'un fondo, e quello degli edificii, che per l'ordinario deperimento vanno soggetti ad una continua diminuzione di sostanza, essendo reale non doveasi pretermettere, onde la cauzione ipotecaria non fosse in parecchi casi una vana parola. E difatti le cause di deperimento e di deprezzazione sono ben maggiori negli edificii che nelle campagne. L'oscillazione del valore della proprietà fondiaria, la trascuratezza della coltura, e da indi lo scemamento della ubertà artificiale, l'atterramento delle piantagioni, degli edifizii inservienti alla irrigazione, all'industria, l'accrescimento successivo ed imprevveduto dei pubblici aggravii, possono diminuire d'una terza parte il valore di un campo. Questa deduzione del terzo può sembrar sufficiente a coprire la oscillazione del valore del capitale fisso rappresentato dalla proprietà fondiaria. Ma questa deduzione non basta per la valutazione d'un edifizio, per la facilità maggiore che ei ha di deteriorare ed anzi di distruggere una casa, una villa di piacere, un edifizio qualunque, per le quali cose sarà appena sufficiente la deduzione della metà del suo valore attuale.

Da ciò si vede come sia preferibile questo criterio differenziale, in rispetto a quello adottato dal Codice Napoleone (2163-2165), che, a costituire la sufficienza della garanzia ipotecaria, dice bastare che il valore de'fondi senza distinzione tra campi, ed edifizii, superi d'un terzo l'ammontar del credito.

**2.** Se un debitore obbligato a dar cauzione offrisse uno stabile, dimostrando avere esso un dato valore, e il creditore impugnasse la *realità attuale* del medesimo, avrebbe egli diritto di pretendere che ne fosse fatta una apposita stima?

Il § 1374 del Codice civile dice che il valore del fondo si dee desumere dalla stima: ma non esclude che possano bastare delle stime precedenti; e la semplice e forse maliziosa impugnativa del creditore esporrebbe il debitore a delle spese rilevanti. Altro è che il debitore obbligato alla cauzione sii parimenti obbligato a provare che la cosa offerta in cauzione abbi un determinato valore: altro è che esibiti dei documenti di stima di epoca non troppo remota, e non essendo sopravvenute delle importanti deteriorazioni, lo si possa costringere ad una nuova stima.

Laonde sembrami che spetti al prudente discernimento del giudice di giudicare dell'attendibilità degli offerti documenti di stima: specialmente se accompagnati da altri dati economici, quali le scritture d'affitto; come pure di ricercare dal creditore quei rilievi di fatto che possono ragionevolmente far sospettare delle posteriori deteriorazioni, e in caso che queste fossero avvenute, e fossero perciò inattendibili le anteriori perizie, provvedere all'indennità sua coll'assunzione d'una nuova perizia. Il Codice Napoleone, all'articolo 2165, determinò un metodo di valutazione che risparmia al debitore delle enormi spese (1), in quanto che si lascia al giudice la cura di rilevarla col moltiplicare quindici volte il valore della rendita risultante dalla matrice dei ruoli della contribuzione fondiaria, o dalla quota di contribuzione sui ruoli, secondo la proporzione che esiste nei comuni, ove sono situati i beni, fra questa matrice o quota, e la rendita degli immobili non soggetti a deperimento, e di dieci volte questo valore per gli immobili che vi sono soggetti.

Colla qual disposizione si volle però in certo qual modo tener calcolo delle differenze di valore perenne tra i fondi che ordinariamente non deperiscono, e le case ed edifizii, o fondi soggetti ad avulsioni od alluvioni, che possono deperire. Diffatti moltiplicando la rendita perenne di 100 di un fondo, non deperibile ho 1500: se una casa dà 100 di rendita, ma deperibile, deve darmi solo 1000, perchè le 500 compensano le possibili deteriorazioni in un dato periodo di tempo.

Ma questo criterio è fallace per due motivi: l'uno, rilevato anche da Tarrible (2) e da Troplong (3), perchè mancante di base; essendochè la

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 774.
(2) Repertorio, v. *Radiation.*
(3) *Des priv. et hyp.* num. 774.

vera rendita non può esattamente rilevarsi dai ruoli delle contribuzioni dirette, perchè essendo essa sommamente variabile col tempo, non possono rappresentarla le valutazioni fatte dal Governo in epoche più o meno remote.

L'altro motivo si è, che è egualmente variabile la proporzione tra la rendita e il valor capitale: perchè la scarsezza di questo aumenta l'interesse, la esuberanza invece lo diminuisce. Piuttosto valgono come criterio approssimativo, ciò che in quell'articolo si soggiunge, che cioè i giudici potranno prevalersi degli schiarimenti che possono desumersi dai contratti di locazione non sospetti, dai processi verbali di stima, che si fossero precedentemente stesi in epoche non rimote, e da altri atti simili; e valutare la rendita alla media proporzione dei risultati di queste diverse notizie. Quest' ultimo criterio è pure adottato nell'articolo 2267 del Codice Albertino.

## § XI.

Ognuno, che abbi la libera amministrazione delle cose sue, può per contratto o per disposizione d' ultima volontà assoggettarle ad ipoteca.

*Arg. dai §§ 354, 449, 450, Cod. civ. aust. e dall' art. 2124 Cod. Nap.*

SOMMARIO.

1. Del titolo convenzionale: può essere conceduto in un atto unilaterale.
2. Della concessione volontaria dell' ipoteca mediante procura.
3. Se quegli, che ha la facoltà di ipotecare i beni del mandante, possa valersene pel suo interesse particolare.
4. Della virtù dell' ipoteca per procura non idonea, posteriormente ratificata.
5. Se il proprietario, od altri per lui, possa concedere un' ipoteca sullo stabile sequestrato.

**1.** Per sistemare il credito personale coll' ipoteca non ha sempre bisogno il creditore che la legge o il giudice soccorra alle sue istanze: egli stesso può procurarsela colla libera volontà del debitore, o all' atto che gli concede il credito, od anche in tempo successivo. Questa sistemazione include nel suo concetto una limitazione della libertà del proprietario della cosa che si vuole ipotecata. La libertà del proprietario quando non è limitata dalla legge per mezzo del giudice, non può essere menomata da altri fuorchè dal proprietario medesimo. Ond' è che il § 449 del Co-

dice civile dispone, che il titolo del pegno nasca dalla legge, da sentenza di giudice, da contratto o da ultima volontà del proprietario. Questa volontà del proprietario è la legittima autorità costitutiva della limitazione del dominio, ossia del pegno e dell'ipoteca; poichè nel concetto stesso di proprietà, considerata come diritto, secondo il § 354 dello stesso Codice civile, s'include la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro cittadino della sostanza e degli utili della cosa. E l'articolo 2124 del Codice Napoleone per un certo senso coincide col dire: non possono costituire ipoteche convenzionali se non coloro, che hanno la capacità di alienare gli immobili che vi assoggettano (1). Chi ha la capacità personale di alienare uno stabile può anche sottometterlo ad ipoteca, perchè questa condurrebbe in ultima analisi alla vendita dello stabile, sotto condizione che non si pagasse il debito pel quale fu costituita l'ipoteca. Ma nessuno può alienare una cosa senza essere egli stesso il proprietario della medesima, o senza avere avuto l'abilitazione dal proprietario. L'ipoteca convenzionale è adunque la legge del proprietario.

Ma d'altra parte il proprietario per sè, o per interposizione di altre persone, non può concedere ipoteche, se non abbi la libera amministrazione della cosa da impegnarsi (2). Il Codice civile distinse nettamente queste due facoltà: la facoltà generale del proprietario, e la facoltà dell'amministrazione. Perciò nel § 450 stabilì che — se trattasi dell'acquisto del diritto di pegno per consenso del debitore o di qualunque terzo che obblighi per esso la cosa propria, deve osservarsi quanto è prescritto sulla materia de' contratti e de' legati. —

Due cose di massimo momento vengono qui sotto l'analisi del giureconsulto: la proprietà e il consenso di chi costituisce l'ipoteca. Della proprietà parleremo appena che avremo veduto del consenso. Però l'uno e l'altro requisito devono concorrere od in una stessa persona, od anche in persone diverse, quando sieno collegate da un nesso giuridico. All'ipoteca è necessaria la coefficienza d'ambedue questi fattori.

Il proprietario che acconsente l'ipoteca deve prestare un consenso che sia valido per la sua civile libertà, valido per la forma colla quale lo presta. Nel § seguente vedremo quali persone non possano interporre il loro consenso, perchè invalido civilmente: come quelle che sono interdette dall'amministrazione de' proprii beni. Quanto alla forma colla quale si può prestare il consenso, rimettiamo egualmente il lettore ai seguenti §§ XVII-XXI.

Ma fin d'ora possiamo domandare due cose: se il consenso può prestarsi ed essere efficace senza la presente ed espressa accettazione del creditore; e se possa prestarsi per mezzo d'un'altra persona.

(1) A quest'articolo corrispondono gli art. 2010, Cod. siciliano: art. 2178, Cod. parmigiano: art. 2184, Cod. piemontese; art. 2178, Cod. modenese.

(2) Struvio, *syntagm. jur. tit. de pignorib. et hyp. thes.* 5.

Alla prima domanda risponderebbe affermativamente il § 449 del Codice civile, col permettere che l'ipoteca possa essere concessa in un atto d'ultima volontà: il qual atto pel § 883 dello stesso Codice è essenzialmente unilaterale. E questa disposizione non è nuova, perchè, se l'ipoteca è la legge del proprietario, non importa ch'egli la profferisca o nella convenzione o nel testamento o codicillo: una sola cosa importa di chiedere, ed è, se il proprietario abbi acconsentito. Di qui l'antica distinzione del pegno convenzionale o testamentario (1). Anzi presso gli antichi riconoscevasi valida l'ipoteca acconsentita in una lettera missiva; come scrisse Modestino: *pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur* (2); e più particolarmente Scevola, propostosi il caso d'un'ipoteca concessa in una lettera senza data, rispose, *non idcirco obligationem pignorum cessare* (3). E fu pur giudicato da' nostri tribunali, colla sentenza appellatoria 11 aprile 1851 confermata dalla Corte suprema il successivo 23 agosto, secondo che riferisce l'avvocato Mattei, valida ed operativa un'Ipoteca costituita dal mutuatario in un atto, al quale il mutuante non era intervenuto (4). Degli Sforza aderendo al § 449 del Codice civile vorrebbe che la volontà del proprietario fosse espressa *in un contratto*, e che sia quindi necessaria l'accettazione del creditore (5); ma la conseguenza che egli deduce da quel § è falsa; perchè l'accettazione del creditore non vuol sempre essere espressa; la tacita può bastare. Si potrà forse dire che l'accettazione espressa sia necessaria in un contratto bilaterale per la ragione che produce obbligazione per ambedue i contraenti? Ma in un contratto unilaterale basta la dichiarazione tacita di chi si obbliga, perciocchè la volontà di chi accetta un beneficio è da presumersi, nè sarebbe ragionevole il dubitare della accettazione del creditore. E il § 863 del Codice civile ha pure accreditato per ogni specie di contratti la prestazione tacita e presunta del consenso. Nè in ciò il Legislatore nostro volle derogare al Diritto romano, nel quale Labeone con Paolo diceva: *convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium: inter absentes quoque posse: sed etiam tacite consensu convenire intelligitur* (6).

**2.** Il proprietario avente il libero esercizio delle cose sue, può conferire in altri questa sua facoltà, mediante una legittima procura (§ 1002-1006, del Codice civile).

L'ipoteca può dunque essere conceduta dal procuratore legittimamente costituito (7).

(1) Struvio, ibid. *thes* 6. Winiwarter. *Dir. civ. aust.* tom. 2. § 137.

(2) Leg. 23. § 1, Dig. *de pignor. et hyp*

(3) Leg. 34. § 1, Dig. eod. tit.

(4) Mattei, al § 449, num. 16. Codice civ. aust Gazzetta de'Trib. an. 1851 n. 94

(5) Degli Sforza, *dir. di pegno.* cap. 5. num. 17.

(6) Leg. 2. Dig. *de pactis.*

(7) Carozzi, Giurispr tom 10. cap. 2, n. 5

*Nexum non facit prædiorum*, scrissero Onorio e Teodosio, *nisi persona quæ jure potuit obligare. Per servum autem, aut per procuratorem, colonumve actorem, seu conductorem, ullum præjudicium possessionis invito vel inscio domino imponi non posse, et Jure et legum auctoritatibus declaratur* (1).

Ma come dev'essere questa procura? basterà una procura generale, o si vorrà una procura speciale o particolare? E dalla una procura speciale potrà il mandatario ipotecare i beni del mandante per un debito che non lo interessasse?

Il Codice civile nel § 1008 richiede un mandato speciale per alienare le cose altrui in nome altrui, conchiudere contratti di mutuo o di comodato; ma non accenna all'affare speciale del concedere ipoteche. Basterà adunque che nel mandato si fosse commessa la facoltà di alienare le cose del mandante in nome suo? L'affermativa non sembra che debba riescir dubbia; perchè il concedere un'ipoteca su di un dato fondo equivale ad una vendita condizionata, ad una futura alienazione nel caso non si pagasse il debito, pel quale fu concessa l'ipoteca. Tale era l'opinione degli antichi, che argomentavano dalla ragione del contrario della legge ultima Codice *de rebus alienis non alienandis* (2); e più specialmente dal principio espresso nella legge 9 Dig., *de pignor et hypoth*: *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*; nè diversamente conchiuderebbero i francesi per la formale disposizione dell'art. 2124 del Codice Napoleone, ove pure si direbbe che possono ipotecare una cosa coloro che hanno la capacità d'alienarla (3). E noi non risponderessimo altrimenti, perciocchè tra la vendita e l'ipoteca vediamo la differenza che ci ha tra il più e il meno, tra il genere e la specie: vendere è mobilizzare e realizzare il valore della proprietà: ipotecare è realizzarlo solo in parte. Questa conclusione è anche adottata da Carozzi (4).

Però domandiamo: questa facoltà dell'alienare e dell'ipotecare deve essere individuata sopra un dato fondo, ovvero basterà l'indicazione generica della specie di quest'affare? Anche in questo riguardo gli antichi favoriscono la libertà delle contrattazioni; poichè leggiamo in Neguzanzio: *non tamen requiritur quod sit individuum ad pignorandum talem rem tali, sed sufficit quod sit in specie ad pignorandum res* (5).

Quest'ultima conclusione è pienamente conforme al succitato § 1008, nel quale basta per la vendita, e quindi per l'ipoteca, un mandato speciale; quel mandato cioè, che riguardi una specie di affari, non un

(1) Leg. finale. Codice *si aliena res pign.* Lo stesso era stabilito nella leg. 11. § 7, Dig. *de pignor. actione.*

(2) Neguzant. *de pignor.*, par. 2. mem. 5. n. 70. Vedi il seguente § XIII, n. 4.

(3) Merlin, Report. V. *hypothèque, sect.* 1. § 2, num. 1. Grenier, hypoth. n. 31. E così fu giudicato dalla Corte imperiale di Parigi l'11 novembre 1812, V. *Sirey. Jurisprud.* tom 13. par. 2. pag. 34.

(4) Carozzi, Giurisprud. tom. 10. cap. 2 num. 3.

(5) Neguzant. *de pignor.* par. 3. mem. 4, num. 36. Merc. Merlin, *de pign.* lib. 2. tit. 3. quæ. 101. num, 37. Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 2. n. 12 Carozzi, loco citato.

affare singolo determinato. Non sarebbe per questo necessario che in una procura fosse precisato il fondo sul quale si volesse costituire l'ipoteca: nè l'importare del debito che si volesse assumere; ma sarebbe sufficiente che si attribuisse al procuratore la facoltà di ipotecare i proprii beni, e di prendere capitali a mutuo.

Nelle leggi antiche si riscontra una variante a questa dottrina nel senso che l'amministratore, provveduto d'un mandato generale, poteva sottomettere ad ipoteca il patrimonio del suo mandante, nel caso che questi fosse abituato a conchiudere affari sopra ipoteca: *vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere* (1). Ma è questa una quistione particolare ai rapporti tra il mandante, il mandatario e il terzo; poichè il mandante, o può tacitamente ratiabire, o deve approvare un' operazione del mandatario alla quale non fosse stato abilitato, quando da essa avesse risentito un vantaggio (2). La qual cosa non è molto concludente nel nostro proposito; ove ci interessa di sapere se l'ipoteca concessa da un mandatario, non abilitato a concederla, possa essere valida in ogni caso. Non esiteremo a dire di sì, nel caso che si trattasse dei particolari rapporti di quelle persone; ma sarà un grave soggetto di disputa, che tratteremo or ora, il decidere se questa ipoteca sia per riescire valida in confronto dei terzi, cioè de'creditori ipotecarii o dell'acquirente a titolo singolare, che avessero ottenuto o l'ipoteca o il dominio nel tempo intermedio tra l'origine di quell'ipoteca e la successiva sua ratifica.

Questa eccezione è suffragata da ciò, che per essa non milita la ragione limitativa delle attribuzioni della generale amministrazione; perchè altro è dirigere l' economia d'un patrimonio, altro è l' alienarlo. Ma la pratica dello stesso proprietario, le circostanze speciali della sua posizione sociale potrebbero in alcune contingenze rendere inapplicabile la disposizione della legge del § 1008.

**3.** In riguardo alla seconda tesi, senz' ambagi opiniamo che il procuratore non può valersi della speciale facoltà concedutagli dal mandante di ipotecare i suoi beni senz' altra aggiunta, allo scopo di assicurare le ragioni d' un suo creditore personale. Imperocchè, da una parte non è presumibile che il mandante avesse avuto intenzione di ciò concedergli, perchè le mansioni affidategli concernono quasi sempre il solo suo proprio interesse, perchè il mandato nei casi ordinarj, e in questo caso specialmente, si può annoverare fra quei contratti che si fanno nell' interesse d'una sola parte: *mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes* (3), e quindi il procuratore non dee abusare della

(1) Gajo nella leg. 12. Dig., *de pignoribus act.*

(2) Così è disposto nel § 1016 del Codice civ. aust.

(3) Instit. *de mandato*, § ·

fiducia, e diversamente facendo violerebbe le leggi che comandano di osservare scrupolosamente i fini del mandato: *diligenter fines mandati custodiendi sunt* (1). *Is qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati* (2). Il mandatario, secondo i §§ 1009 e 1016 del Codice civile austriaco, può adoperare tutti quei mezzi che sono consentanei alla dichiarata intenzione del mandante, e se avesse oltrepassato i confini del mandato, il mandante è solo obbligato in quanto approvi l'affare, o approfitti dei vantaggi che ne sono derivati.

Si risponderà col § 1017 dello stesso Codice che avendo il mandatario contrattato coi terzi, entro i confini d'un mandato aperto, avendo concesso al suo particolare creditore un'ipoteca sul fondo del mandante, perchè questi gli diè espressamente l'abilità d'ipotecarlo, quest'ipoteca dovrà tenere contro il mandante. Ma quel § dice che in quel caso generale i diritti e gli obblighi che ne derivano si contraggono pel mandante e pel terzo, e non pel mandatario: e con ciò allude ai rapporti creditorii che il mandatario può connettere tra il mandante e il terzo: ai quali rapporti egli rimarrebbe estraneo, perchè non risentirebbe alcun vantaggio; nè vi potrebbe avere alcun personale interesse. Ma perchè la facoltà d'ipotecare si potesse convertire in vantaggio del mandatario, bisognava che fosse stato indicato nel contratto questo fine speciale. L'interesse è la molla de' contratti, è la base del consenso, è la causa finale delle obbligazioni, che regge e governa tutte le disposizioni contrattuali (3). D'altra parte il creditore particolare del procuratore non potrebbe millantare, alcuna ragione contro del mandante, perchè i termini della procura non sono sufficienti a dimostrare che esso mandante avesse conferito al di lui debitore una così gravosa attribuzione. Quindi è che se da un tale mandato non si può inferire una cotale preventiva autorizzazione; se i fatti posteriori non dimostrano una successiva ratiabizione per parte del mandante, ovvero la sua partecipazione all'affare intrapreso dapprima per conto suo particolare dal procuratore, a termini dei §§ 1016 e 1017 del Codice civile, sarebbe nullo ed inefficace il diritto di pegno in tal modo costituito (4).

Omogenea a questa è la dottrina degli antichi (5), e specialmente per argomento induttivo dal contrario senso della seguente decisione degli imperatori Severo ed Antonino: *Procurator, citra domini voluntatem, domum pignori frustra dedit. Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio, duntaxat quod numeratum est exolvi desideranti* (6).

(1) Leg. 5. Dig. *mandati vel contra.*

(2) § 8, Institut. *de mandato.*

(3) Baldo, in leg. 1. Cod. *de falsa causa adject. legat.* Ognat. *de contract.* tom. 1. disp. 13. sect. 2. n. 33. De Olea, *de cession. jur.* tom. 2, quæ 7. n. 2. Richeri, *Jurispr.* vol. 4. § 619, e segg.

(4) Queste limitazioni sono ammesse da, Basevi sub. § 450 e 1016. Cod. civ. Carozzi Giurispr. del Cod. civ. tom 10 cap. 2. n. 3 Mattel, al § 456, n. 13. Codice civ. aust.

(5) Zoesio, in Dig. *quæ res pignor.* n. 3. Voet, in Dig. *quæ res pignor.* num. 7. Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 2. num, 14, Richeri, *Jurispr. univ.* vol. 9. § 1386.

(6) Leg. 1. Godice *si aliena res pignori.* Analoga è la decisione della Corte d'appello di Torino, 10 novembre 1810, riferita da Sirey nel tom. 11. par. 2. pag. 234. della sua giurisprudenza

4. *Quid juris* d'un'ipoteca conceduta da una persona in qualità di procuratore, ma che in fatti non era rivestita dei poteri necessarii; ovvero conceduta da un vero procuratore per un debito suo proprio, e che venne posteriormente ratificata dal proprietario del fondo ipotecato?

Corre la massima, che la posteriore ratifica, conferma l'atto nullo in origine, e la sua efficacia si fa come risalire alla origine dell'atto ratificato (1). Ma si domanda se questa massima si possa applicare in ispecie all'ipoteca, ossia se la ratifica d'una convenzione ipotecaria viziosa di per sè la convalidi in modo che la renda operativa, come se fosse stata costituita senza vizio alcuno? O più breve ancora, se la ratifica conferma l'atto *ab origine* in pregiudizio dei terzi?

È questa una assai scabrosa quistione, la di cui difficoltà s'accresce per la soverchia assolutezza de' termini usati da' trattatisti; i quali non si ponno senza grande discrezione allegare pe' casi diversissimi. Quali sono, oltre il precedente, quelli della ratifica che uno avesse interposta sopra un'ipoteca conceduta da essolui quand'era minorenne senza l'autorizzazione del giudice (2); d'una ipoteca costituita a carico d'un minorenne sopra di un fondo che questi avea venduto, e la cui vendita ratificò dopo che era divenuto maggiore (3); ovvero d'una ipoteca costituita a carico del proprietario di un fondo che avea venduto a un minorenne prima della autorizzazione tutoria, e della ratifica del medesimo nella età maggiore (4); e finalmente dell'ipoteca concessa da uno che non era e che poscia divenne proprietario del fondo ipotecato (5). In questa materia Bartolo, con Iacopo Butrigario suo maestro, statuisce che allorquando l'atto che si conferma colla ratifica era assolutamente nullo, la ratiabizione non ha effetto retroattivo, ma conferma l'atto solamente *ex nunc*; che se invece l'atto ratificato non era assolutamente nullo, ma solo in alcuna parte difettoso, la ratifica può convalidarlo come se fosse efficace dall'origine (*prout ex tunc*) (6). Nel caso che esaminiamo del falso o non idoneo procuratore, abbiamo un'ipoteca che è nulla, come quella che non è costituita da chi è proprietario della cosa ipotecata (7). Epperciò quando il vero proprietario ratifica l'ipoteca costituita da colui, e la conferma, si intende che egli la costituisca solamente d'allora, e non già che le impartisca un'efficacia retroattiva e cambii la nullità dell'atto del procuratore in un atto legittimo e irreprensibile. « *Et facit,* diremo con Surdo, *quod in simili dicimus de confirmatione, quae etsi nihil omnino tribuat, quando actus qui confirmatur est validus, tamen quando est invalidus dicitur nova datio* (8) ».

(1) Neguzanl. *de pignor.* par. 2. mem. 1. n. 37. Mantica, *de tac. et amb.* lib. XI. lit. 3. n. 4. Hotoman, in Dig. *quæ res pignori.*

(2) Di questo caso parleremo nel seguente § XII. num. 5.

(3) Di questo nel § XIV.

(4) Vedasi nello stesso § XIV.

(5) Vedasi nel § XV.

(6) Bartol. in leg. *observare*, 4. *in* 1. *oppositione* num. 4. Dig. *de officio proconsul.* Egualmente Baldo in leg. fin. in princ. I. *limitatio* Cod. *ad S. C. Macedonian.* Surdo *decis.* 245 n. 5-9.

(7) Vedasi la dimostrazione nel seg § XIII n. 5.

(8) Surdo, *decis.* 245. n. 6.

Questa è la comune opinione abbracciata da Bartolo, il quale scrisse più concludentemente, spiegando ed applicando la precedente teoria: *ratificatio facta per dominum de obligatione facta de re sua per extraneum, præjudicat ipsi ratificanti, et retrotrahitur in præjudicium ipsius ratificantis: sed non in præjudicium illius, cui dominus obligavit dictam rem antequam ratificaret* (1). E questa conclusione fu pure adottata da Neguzanzio (2), Mercuriale Merlino (3), Graziano (4), Tiraquello (5), Richeri (6), e Bachovio (7), dal nostro Carozzi (8), e da Mattei (9).

Ben è vero che Donnello (10) opina pel contrario; ma l'opinione sua non è fondata, come a lui pare, nella legge 16 § 1. Dig. *de pignoribus,* ove Marciano insegna: *Si nesciente domino res ejus hypothecæ data sit, deinde postea dominus ratam habuerit, dicendum est, hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere (ratihabitionem) ad illud tempus quo convenit.*

Qui ci si dice che la ratifica ha effetto retroattivo tra i contraenti, ma non si dice che ciò avvenga in pregiudizio dei terzi. Qui si interpreta piuttosto la volontà del ratificante *(voluisse eum)*, che non si stabilisca l'efficacia reale retroattiva dell'ipoteca in confronto dei terzi, i quali nel loro gius quesito non possono essere pregiudicati dal fatto posteriore del ratificante (11).

Questa ipoteca, in quanto la si vorrebbe costituita validamente ed originariamente col fatto del procuratore falso o non munito di sufficienti poteri, contiene una manifesta nullità, per la mancanza di due de' più elementari requisiti: quali sono l'originario difetto di consenso nel proprietario, e il difetto di proprietà nel costituente. I terzi adunque che sarebbero ammessi ad eccepire l'insussistenza o l'invalidità dell'obbligazione principale, o della iscrizione dell'anteriore ipoteca, non sarebbero esclusi dal rilevare altresì quei difetti gravissimi ed essenziali alla costituzione di questo diritto reale.

Ma a questa opinione con tanto consenso ricevuta, sembrerebbero contrarie le sentenze di una prima istanza e dell'appello lombardo del 12 novembre 1852, num. 4900 (12), nella causa, nella quale agitavasi la quistione seguente. Agostino Zali, coerede *pro indiviso* colla sorella Angela per un debito suo particolare verso Marianna Beri contratto nel febbrajo del 1841, le diè in ipoteca nell'agosto del 1849 i fondi indivisi, qualifi-

(1) Bartol. in leg. *aliena res.* 20. Dig. *de pignor. act.*

(2) Neguzant. *de pignor.* por. 8, mem. 1. n. 37.

(3) Merlin, *de pignor.* lib 4. tit. 1. quæ. 22. n. 69-72.

(4) Gratian. *discept for.* cap. 124. o. 25. 26. cap. 255, n. 10. cap. 470. n. 25.

(5) Tiraquello, *de retract. lignag.* § 1, gl. 10 n 64

(6) Richeri, Iorispr. vol. 9. § 1501.

(7) Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 2. n. 15.

(8) Giurispr. del Cod. austr. tom. 10. cap. 2. n. 4.

(9) Al § 449. num. 12. Cod. aust.

(10) Donell. *de pignor.* cap. 7.

(11) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 486.

(12) Gazzetta de' Trib. di Milano, anno 5, 1855, num. 8.

candosi procuratore della sorella, con un mandato generale illimitato. Nel giudizio di graduazione aperto sui fondi ipotecati, Attilio Zali posterior creditore impugnò la priorità della Beri, la quale fu assolta nel giudizio di prima istanza, che ritenne: bastare alla validità dell'ipoteca costituita dal procuratore una procura ampia illimitata; aver la sorella tacitamente acconsentito all'ipoteca presa sui beni proprii, perchè convivendo col fratello, ne conosceva lo sconcerto economico, ed inclinava a soccorrerlo; avere la medesima nell'appuntamento giudiziale 24 dicembre 1849 ratiabito quello che il fratello avea fatto per essa: dunque essersi confermata l'anteriore ipoteca. Appellavasi l'Attilio Zali, adducendo la teoria che la posteriore conferma non poteva essere retroattiva in suo danno. L'appello respinse il gravame, senza che se ne conoscano i motivi. Lasciamo al lettore il decidere della debolezza degli argomenti di prima istanza; perchè al primo resiste il § 1008 del Codice civile, che all'alienazione, e quindi all'ipoteca, richiede un mandato speciale; al secondo ripugna che una lontana conghiettura, e la stessa benevolenza fraterna sia occasione di ruina e causa di obbligazioni; al terzo resiste il fatto, che la sorella confermò quello che il fratello avesse fatto per essa, e non nell'interesse particolare del medesimo: al quarto finalmente opponiamo la superiore dimostrazione della tesi che il fatto posteriore della ratifica non dà una vita retroattiva ad un ipoteca che fu nulla in origine.

5. Se un fondo venne posto sotto sequestro giudiziale, od un creditore avesse ottenuto il pignoramento esecutivo sul medesimo, potrebbe il proprietario aggravarlo di un'ipoteca in favore di un terzo?

La conseguenza precipua del sequestro è quella di togliere la libera disponibilità della sua cosa al proprietario: come si dispone in riguardo al pignoramento esecutivo nella Notificazione del governo lombardo, 12 giugno 1827 (1), e in riguardo al sequestro o pegno pretorio fu per noi dimostrato superiormente (2). La ipoteca concessa dal proprietario sul fondo sequestrato sarà dessa inefficace e nulla in diritto?

Noi facciamo una doppia distinzione. Per la prima avvertiremo se il sequestro o pignoramento sia costituito validamente. Per la seconda più precisamente distingueremo se quegli che impetrò quest'impedimento abbi o no interesse ad impugnare l'efficacia dell'ipoteca posteriore. La prima ricerca si può formulare in questi termini. Qual'è il modo di costituire il sequestro e il pignoramento? Dovrà costituirsi di maniera che tutti conoscano la sua esistenza perchè se ne guardino all'uopo? Dovrà presso di noi inscriversi agli ufficj ipotecari?

(1) Notificata dal governo veneto il 18 giugno dello stesso anno vedi il nostro § LVIII. n. 7.

(2) § IX, num. 3 e 4.

In quanto al pignoramento esecutivo, per quello cioè che si prende in esecuzione d'una sentenza che condanna il proprietario ad una prestazione pecuniaria, e che in genere è pronunciata per una pretesa creditoria, siccome si risolve in un pegno giudiziale, cioè in un ipoteca accompagnata da sequestro, e per la ragione civile del sistema ipotecario, e per le leggi positive, che noi dedurremo sotto i vegnenti §§ LVIII e LIX, deve essere inscritto ai registri ipotecarj. Quindi dalla validità di questa inscrizione il pignoramento misurerà la propria validità legale.

Ma in riguardo al vero sequestro che si domanda per qualunque pretesa, sia creditoria, che per il possesso o la proprietà del fondo, ma che non si risolve immediatamente in un pegno giudiziale, la cosa non è egualmente agevole e sicura. Imperocchè pel § 384 del Regolamento giudiziario si richiede bensì che l'attore, che lo dimanda, faccia *prenotare la sua ragione su gli immobili del reo convenuto sui pubblici a ciò destinati registri, affinchè sino alla decisione nessuno gli venga preferito;* ma siccome la legge quando parla di pubblici registri allude sempre ai registri tavolari, che non si trovano da noi, resta a cercare se i registri ipotecarj bastino all'uopo. E per il pignoramento esecutivo si prestano certo.

Per riguardo agli altri casi di sequestro distinguiamo quelli che si riferiscono a pretese creditorie, e quindi si risolvono dopo la ventilazione giudiziale della pretesa, ossia col secondo decreto, in un vero pegno giudiziale, dalle pretese di diversa natura, che col secondo decreto si risolvono nell'acquisto del possesso irrevocabile o nella proprietà: quali sarebbero quelle d'un legatario, d'un compratore ad avere la proprietà del fondo legato o comperato, e in genere quelle pretese delle quali, nel superiore § V num. 10, dicemmo che si risolvano non sul valore, ma sulla sostanza o sul godimento del fondo.

Se il sequestro fu addomandato per l'assicurazione d'una pretesa creditoria, e in ultimo risultato tenderebbe a tradursi in un vero pegno giudiziale, opiniamo che debba essere inscritto negli attuali registri ipotecarj, come unico o decisivo modo di renderlo efficace innanzi ai terzi, di privare realmente il debitore della libera disponibilità del fondo. Tacciono le leggi in proposito, e la pratica non si è pronunciata, perchè quasi sempre si accontentano i creditori di chiedere una prenotazione ipotecaria. Pure può avvenire che al creditore interessi di dar mano piuttosto all'uno, che all'altro di questi provvedimenti: quando cioè non potesse chiedere la prenotazione ipotecaria per l'irregolarità del documento creditorio, o perchè in esso gli fosse proibito di chiederla (§ XXXI.) ed avesse in pronto la prova del pericolo, sufficiente pei § § 377, 378 e 536 del Regolamento giudiziario ad impetrare il sequestro. Ottenendo questo rimedio, il creditore dovrebbe farlo inscrivere negli attuali registri ipotecarj, perchè egli tende ad acquistare un diritto di pegno; e questi registri sono appunto destinati alla pubblica dimostrazione del pegno

su gli stabili. La ragion civile ipotecaria non permette diritto reale senza inscrizione: e comunque il sequestro non sia per sè stesso ipoteca, ma una semplice limitazione della libera disponibilità del dominio, siccome, ed in quanto questo impedimento conduce all' Ipoteca e al pegno giudiziale, così deve apparire dagli ipotecarj registri. Conducono a questa conclusione le leggi che prescrivono l' inscrizione del pegno giudiziario, e d'ogni ipoteca; vi conduce la legge del § 415 del Regolamento giudiziario e la pratica costante, che impongono al creditore anche munito d' una precedente ipoteca ad inscrivere il pignoramento, come vedremo nel successivo § LVIII. Argomento concludentissimo, sebbene difficile, come dimostreremo in quel luogo. Il creditore ipotecario non può procedere all' esecuzione senza chiedere il pignoramento: ma nel suo caso il pignoramento non è che un semplice sequestro. Or bene, se le leggi positive e la pratica costante richiedono l' inscrizione sui registri ipotecarj in quel caso, forza è conchiudere che lo esigano anche nel caso del sequestro non esecutivo, ma provvisionale. In ambedue si ha la stessa ragione del decidere. In quest' ultimo caso adunque il sequestro non avrà efficacia se non coll' inscrzione negli attuali registri ipotecarj.

Non possiamo però decidere egualmente nell'altro caso in cui si fosse chiesto il sequestro per una pretesa non creditoria. Siccome il legatario, l'acquirente, o in genere chi mette in controversia una ragione posseduta dal reo, non tendono al pegno giudiziale, nè all'ipoteca, ma al possesso al godimento o al dominio del fondo: così la loro pretesa, può bensì divenire reale mediante un' iscrizione sui registri tavolari, e la dovrebbero praticare per gli effetti del § 384 del Regolamento giudiziario, ma non essendo presso di noi in vigore il sistema tavolare, non potrebbero servirsi degli attuali registri, che sono destinati solo alla pubblicità delle ipoteche. Si vorrà forse che sieno destinati anche alla pubblicità dei dominii, perchè le leggi francesi e le nostre loro abbiano assegnato anco il ricevimento delle trascrizioni? Ma, senza anticipare su ciò che diremo in proposito nel seguente § XIII, diciamo che per le attuali leggi le trascrizioni non si praticano più, ma solo si conservano quelle che fossero state praticate per conservare gli effetti e i diritti acquistati sotto la cessata legislazione. Non si domanda più oggidì la trascrizione per le donazioni, perchè il Codice civile francese non è più in vigore presso di noi; e per la stessa ragione non la si ottiene più per fissare in prò del terzo acquirente il termine della prescrizione, per sopperire all' inscrizione degli aboliti privilegi del venditore, o come formalità preparatoria al giudizio di purgazione forzata nelle vendite volontarie, come vedremo a suo luogo.

Ma la disposizione del § 384 del Relogamento succitato allude onninamente al sistema tavolare: a quel sistema cioè che, in base alla descrizione materiale del fondo, stabilisce tutta la sua condizione giuridica, sia per riguardo alla proprietà o ai diritti reali che la limitano, sia per ri-

guardo agli impedimenti della libera disponibilità dei proprietarj inscritti (1). Ma a quella assoluta e completa pubblicità non possono servire i nostri registri, i quali solamente si consultano per conoscere la condizione ipotecaria della proprietà fondiaria, non la stessa proprietà e le altre sue limitazioni reali o personali.

Però chiunque può farsi capace dell'immensa utilità, che a noi deriverebbe in questo riguardo dal sistema tavolare, o da una pubblicità siffatta in qualche altro modo assicurata.

Poste queste diverse conclusioni veniamo a conoscere degli effetti del sequestro in riguardo alle ipoteche concesse nel tempo intermedio a favore di altre persone.

L'articolo 692 del Codice francese di procedura disponeva, che dopo il pignoramento esecutivo la parte pignorata non può, dopo la denunzia fattale del pignoramento, alienare gli stabili *sotto pena di nullità, e senza che occorra alcuna nozione o sentenza.* Egualmente dispone l'articolo 903 del Codice processuale modenese, ove le alienazioni *e le ipoteche*, che fossero fatte dopo il pignoramento, *si hanno quanto all'interesse dei terzi come non avvenute.* Così il § 384 del nostro Regolamento giudiziario determina l'effetto generale dei sequestri nel fine che sino alla decisione giudiziale *nessuno sia preferito* all'attore.

I francesi, come riferisce Grenier (2) agitano una grave quistione sul conoscere, se l'ipoteca posteriore al pignoramento sia nulla affatto, o semplicemente non offenda l'interesse del creditore che ottenne il pignoramento. Grenier però conclude in quest'ultima proposizione; e a noi non pare che questo sia un soggetto di grave disputa; perchè trattandosi, in riguardo all'articolo 692 del Codice francese, d'un pignoramento esecutivo, siccome è pegno giudiziale, è perciò un'ipoteca, un diritto reale che non soffre la concorrenza d'una pretesa posteriore, però la lascia sussistere, perchè il creditore pignorante non ha interesse alcuno a niegarne la efficienza quando non offenda il proprio diritto.

Ma il caso che noi proponiamo è più complesso, più generale. Noi parliamo del sequestro che può, od essere accompagnato da ipoteca come il pignoramento esecutivo, o non essere accompagnato. Ma in ogni caso la disposizione del surriferito § 384 ci sembra d'un ovvia applicazione. Il sequestrante non deve soffrire concorrenza dai posteriori creditori. Ma se la sua pretesa può realizzarsi, la posteriore ipoteca sarà efficace, se ed in quanto lo possa senza danno od incomodo di esso lui. L'interdizione provocata dal sequestrante non è assoluta, ma impedisce la libera disponibilità del debitore a suo danno. Se la posteriore ipoteca concessa dal debitore non l'offende, ed in quanto non l'offende, deve valere.

(1) Come appare colla massima evidenza specialmente nel progetto ginevrino, di cui in Saint Joseph, *concordance entre les Codes civils*, pag. 181. e segg. secondo il quale si devono inscrivere anche tutte le interdizioni personali.

(2) Grenier, *hypothèques*, num. 111.

## § XII.

I beni dei minori e delle persone pareggiate ai minori possono essere assoggettati all'ipoteca, col consenso delle persone, e nei modi stabiliti per ogni altro contratto nei Capitoli III. e IV. della Parte Prima del Codice civile.

*Arg. dal* § 865 *Cod. civ. aust.*
*e dall'art.* 2126 *Cod. Napoleone.*

### SOMMARIO.

1. Ragione del §. Regola generale.
2. Origine e forma delle tutele e delle cure.
3. L'ipoteca non può essere concessa dal minore, o dal tutore, senza l'autorizzazione del giudice.
4. Delle altre persone incapaci.
5. Dell'ipoteca concessa dal minore, ratificata in maggiore età. Se la ratifica nuoccia ai terzi.

**1.** Interessa qui di sapere quali sieno le persone, che, essendo debitrici di una somma, e proprietarie d'uno stabile da ipotecarsi, non abbiano la libera amministrazione delle loro sostanze (1). L'articolo 2126 del Codice civ. francese (2) prescrive che i beni dei minori, degli interdetti e quelli degli assenti, non possono essere ipotecati, che per le cause o nelle forme stabilite dalla legge, *ovvero in forza di sentenza*. Quest'ultima disposizione è del tutto oziosa, perciocchè l'interdizione dei minori e delle altre persone incapaci riguarda la loro libertà d'azione, le loro stipulazioni e promesse, e quindi il solo titolo contrattuale dell'ipoteca, non mai il titolo necessario ed indipendente dal di loro arbitrio: come è quello che deriva o dalla legge o dall'autorità del giudice (3). In questo momento della nostra dimostrazione, abbiamo a persistere nella trattazione del titolo contrattuale; il quale può essere concesso solamente da quelle persone, che hanno la libera amministrazione delle cose proprie.

La legge civile austriaca formulò il principio dell'uguaglianza di tutti gli uomini nel suo cospetto; eguaglianza che si indusse dal complesso dei diritti innati, rivelati dalla ragione, la di cui costruzione costituisce la nozione della *persona* (4); nozione primitiva e fondamentale, che come

(1) Grenier, hyp. num. 32.

(2) Corrispondente all'art. 2042 del Cod. delle 2 Sicilie, art. 2180, Codice di Parma, articolo 2180, Codice modenese.

(3) Nell'art. 2185 del Codice albertino con più concisione si è ommessa quell'ultima proposizione. Nello stesso senso è redatto l'art. 111, del reg. legisl. gregoriano 10 novembre 1834: e l'art. 75 del motuproprio toscano.

(4) § 16, Cod. civ. aust.

l'unità nelle matematiche, serve di principio supremo in tutta la deduzione dei diritti civili. Ma questa eguaglianza ideale sarebbe dalla stessa natura distrutta, ove la legge stessa colle sue provvidenze non l'avesse guarentita. Conciosiachè scrisse: « Quelli che per mancanza d'età, o per « difetto di mente, o per altri rapporti, sono incapaci d'avere la conve- « niente cura dei proprj interessi, stanno sotto la speciale protezione delle « leggi. — Sono questi, prosegue, gl'infanti, gl'impuberi ed i minorenni « che non hanno rispettivamente compiuto il settimo, il quattordicesimo « ed il vigesimo quarto anno di loro età; i furiosi, i mentecatti, gli im- « becilli che sono privi totalmente dell'uso della ragione, o che almeno « non possono conoscere le conseguenze delle loro azioni: inoltre quelli, « ai quali, come dichiarati prodighi, il giudice ha interdetta l'ulteriore « amministrazione delle proprie sostanze: finalmente gli assenti e le co- « munità. » (§ 21 Codice civ.)

La legge civile adunque discendendo dal cielo dei principii e delle provvidenze astratte, commise all'opera de' suoi magistrati di sopperire coll'attività loro a quella manchevole di siffatte persone, nelle quali, senza di quell'intervento, l'unità giuridica si ridurrebbe pressochè al nulla.

Per apprezzare il ben fatto della vigente legislazione dirimpetto alle altre, sarà utile di accennare brevemente alla storia di questa importante instituzione,

**2.** Appena che le società civili entrarono nel primo stadio dell'incivimento, provviddero alla tutela delle persone incapaci; come fu nell'antica Roma, che sanzionò la tutela designata dal padre di famiglia, scrivendo sulle tavole decemvirali: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (1); e in mancanza di essa la concedette ai più prossimi agnati, secondo l'ordine stabilito nella successione intestata (2); e quando la plebe romana rivendicò la solennità dei connubii (3), e con essi i diritti di agnazione, di famiglia, di successione intestata e testamentaria, ebbe pure con questi diritti il beneficio delle tutele (4). Ma con queste leggi si regolava più presto la concorrenza di chi aspirava alla protezione dei ricchi pupilli, che non si provvedesse veramente in tutti i casi al solo loro interesse, e si erigesse in ufficio pubblico la di loro difesa. Il che fu fatto dalla legge Atilia, la quale, secondo Ulpiano, *jubet mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a Prætore, et a majore parte Tribunorum plebis: quos tutores Atilianos appellamus* (5). In seguito, colle altre due leggi la *Julia* e la *Titia*, la tutela dativa fu ordinata anche

(1) Ulpian. *fragmen.* tit. XI. § 14.

(2) Gajo, nella leg. 9. Dig. *de legitim. tutor.* Ulpian, *fragm.* tit. XI. § 3 e nella leg. 1, e 5, Dig. *de legitim. tutor.*

(3) La legge Canuleа *de connubiis* fu conquistata nell'anno di Roma 309, ossia 6 anni dopo la pubblicazione delle XII tavole: Dion. Gottofredo nella cronologia.

(4) Vico, Scienza nuova, lib. 1. annotaz. Ti.

(5) Ulpian, *fragmen.* tit. XI. § 18. Institut. lib. 1. tit. 20. in princ. Franc. Balduino, e Dionigi Gottofredo, a questo passo dello in-

nelle provincie, attribuendone la scelta ai presidi di quelle (1): e calmata col tempo la gelosia politica della plebe e dell'ordine senatorio, quando il ceto medio dei cavalieri prevalse, la protezione legale dei pupilli di Roma fu demandata per le costituzioni del Senato ai Consoli, e poscia ai soli Pretori urbani (2).

La successiva legislazione degli Imperatori pose molto studio nell'assicurare la diligenza e la sicurezza dell'amministrazione tutoria, facendone responsali colla persona e beni i tutori, e sussidiariamente li stessi Magistrati (3).

La tutela si dava verso gli impuberi maschi e le femmine, finchè non fossero maritate. Non si sa per qual legge si fosse stabilito che la minore età terminasse a 25 anni (4), e la pubertà de' maschi cominciasse ai 14 (5): e quindi come fosse regolata in antico la durata della tutela.

Siccome la tutela consideravasi, come la patria podestà, necessaria all'educazione del pupillo, piuttosto che alla amministrazione dei beni, gli antichi, la cui educazione ristretta a poche idee, e più per tempo esercitata nella vita pubblica, non permetteva una più penosa preparazione, lasciavano il giovinetto in sua piena balia, solo, proleggendolo col non permettere che le obbligazioni assunte da lui prima dell'età virile di 25 anni potessero danneggiare il suo patrimonio. Laonde il pupillo, cioè prima della pubertà, non credeasi che potesse obbligarsi nemmeno moralmente (6); ma dopo la pubertà cessava la tutela (7), e il minore consideravasi uomo compiuto, eccetto che le conseguenze delle sue azioni non potcano affettare le cose sue, tutte le volte che avesse contrattato senza l'autorità d'un curatore. Egli poteva obbligarsi civilmente, ma soltanto relativamente alla sua persona, e non coi beni (8).

La tutela delle femmine uscite ai 12 anni dall' impubertà (9), era di-

stituzioni, congetturano che quella legge fosse stata promulgata da L. Atilio Tribuno della plebe nell'anno di Roma 445. Però Gotofredo nella sua cronologia la porrebbe sotto l'anno 461. In mancanza di documenti non si può stabilire altra epoca più precisa che alla metà del V secolo di Roma Certo è che fu trovata prima dell'anno 567, secondo che dice *Hoffman. histor, jur.* l. 1. cap. 1 period. IV. *Atilia de tutelis*.

(1) Ulpian. *fragm.* tit. XI. § 18, Institut. ibid.

(2) Institut. lib. 1. tit. 20. § 3. Modestino, in leg. 1. § 1, Dig. *de confirman. tutor.* Vedasi in Paolo Montano, *de tutor. et curat.* cap. 19. num. 11. e segg. le ulteriori variazioni dell' ufficio nobile sotto l' Impero d'Oriente.

(3) Dig. tot. tit. *de Magistr. conveniend.* e Voet, ibid.

(4) Brissonio, *select. antiq jur. civ.* lib. 3. cap. 2. congettura che ciò fosse avvenuto colla legge Letoria.

(5) La determinazione di questa deve essere stata più recente, in seguito alle dispute dei Proculejani e dei Sabiniani.

(6) Come viddimo nel § V. n. 4

(7) Ulpian. *fragm.* tit. XI. § 28, Institut. in princ. *de tutelis* e nel tit. *quib. mod. tut. fin.*

(8) Institut. lib. 1. tit. 23. *de curatoribus* leg. 101. Dig. *de verbor. obligation.* Cujacio, ibid. leg. 3. Cod. *de in integrum restitut. Fachinæus*, *controv.* lib. 3. cap. 9. Voet, *de minorib.* num. 52. *de verbor oblig.* n. 4. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 488

(9) Institut, *quib. modis tutela finit.*

versa dalla tutela dei puberi, per quello che disse Ulpiano: *tutores constituuntur tam masculis quam fœminis: sed masculis quidem impuberibus duntaxat, propter ætatis infirmitatem: fœminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.* Quindi distingue le attribuzioni dell' una e dell'altra specie di tutori: *pupillorum pupillarumque tutores, et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt* (1).

Il figlio di famiglia, fatta astrazione dalla minore età, non usciva dalla patria podestà, nè di suo capo, nè per disposizione di legge, ma solo per quella del padre (2). Egli aveva la semplice amministrazione del peculio profetizio (3), e la nuda proprietà dell'avventizio (4): e il Senatoconsulto Macedoniano gli proibì di prendere a mutuo, ed annullava ogni obbligazione di quel genere, quando non fosse realizzabile sul peculio castrense (5).

**3.** Nella materia speciale delle alienazioni e delle ipoteche degli stabili appartenenti a persone incapaci, l'autorità tutoria interviene direttamente od indirettamente nella trattazione delle medesime. Direttamente interveniva il magistrato nel sistema tutelare de' Romani; il quale non permetteva la vendita e l'affettazione ipotecaria degli stabili appartenenti ai minori, se non dopo avere accertata la esistenza d'una causa necessaria, e coll'emettere un formale decreto: come si ha nell'orazione di Severo Imperatore, commentata da Ulpiano nel titolo dei digesti, *de rebus eorum qui sub tutela sunt* (6). Questa legge però limitavasi ai soli fondi rustici e suburbani: e ci volle una costituzione di Costantino per estenderne il beneficio anche ai fondi urbani, prescrivendone le stesse forme, *scilicet per inquisitionem judicis, et probationem causæ, interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit* (7). In Francia e Piemonte, per gli articoli 457 e 458 del Codice Napoleone, e gli articoli 331 e 332 del Codice Albertino, è vietato egualmente al tutore di prendere danari a prestito, alienare od ipotecare i beni immobili del minorenne. Quando queste operazioni abbisognano, deve il tutore richiedere l'autorizzazione

(1) Ulpian, *fragm*, tit. 11. in princ. e § 25, Montano, *de tutor. et curator*, cap. 7. n. 46-53.

(2) Per l'emancipazione; delle cui varie specie vedasi Cajo, Institut. lib. 1. til. 8. § 4.

(3) § 1, Institut. *per quas. person. cuiq. aquir.* leg. 6. Codice *de bonis quæ liberis.* leg. 5. § 2, Dig. *de jure dotium.*

(4) Leg. 1. 2. Codice *de bonis matern.*

(5) Leg. 1 e 2 e 3. Dig. ad S. C. *Macedon.*

(6) E specialmente nelle leggi 1 e 7 di quel titolo. Vedansi anche le leggi, 1, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 15 e 16. Codice *de prædiis et aliis reb. minorum sine decr. non alien.* Così si praticasse prima di queste costituzioni non è ben certo: solo si può congetturare che bastasse l' autorità del tutore, per argomento dalla legge 1, Dig. *quæ res pign.*

(7) Leg. 22. Codice *de administr. tutor.* (5. 37.) Da qui la comune opinione di Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 3. num. 48. Balduin, *de pignor.* cap. 12, quasi in fine. Merc. Morlin, *de pignor.* lib. 2. til. 1. quæ. 39. n. 1-3. Voet, *quæ res pignori*, num. 2 Struvio, *syntagma jur. quæ res pign. thes.* 17. Bachovio, *de pign.* lib. 2. cap. 2. num. 4 e 13. Montano, *de tutor. et cur.* cap. 33. n. 1. 182. et segg. n. 304. et segg.

del consiglio di famiglia; il quale non può concederla, che sopra una causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio. Però questa deliberazione non può eseguirsi, se non sia omologata dal tribunale di prima istanza, sentito il regio procuratore (1).

Quest'organo intermediario del consiglio di famiglia, ossia dell'intervento diretto de' prossimi parenti, fu pure stabilito in Romagna col motuproprio 6 luglio 1816 di Pio VII, nel Ducato di Parma secondo l'articolo 253 del suo Codice civile, e in quello di Modena nel recente Codice civile coll'articolo 2860.

Nel sistema austriaco, come nel Diritto romano, l'autorità del giudice influisce sul tutore direttamente; perchè, secondo il § 232 del Codice civile, gli immobili non possono essere venduti se non colla sua approvazione, e nel solo caso di necessità e di evidente vantaggio del minore; e in generale, pel § 233, non può il tutore senza l'approvazione giudiziale intraprendere cosa alcuna in tutti gli affari che non appartengono alla ordinaria economica amministrazione e che sono di maggior importanza. Quell'intervento e rapporto diretto del giudice si adottò in Toscana colla legge 15 novembre 1814 articolo 49-58, titolo *della tutela;* e nel Canton Ticino coll'articolo 135 del Codice civile.

La regola generale, che gli stabili de' minorenni non si possono giuridicamente ipotecare senza il consenso dell'autorità pupillare, soffre alcune eccezioni. Poichè vedemmo nel § V. num. 5. come un minorenne al quale fosse lasciata la libera amministrazione d'una privata industria, o dei redditi del patrimonio, e coi risparmii avesse acquistato uno stabile, potria per la nostra legge acconsentire su di questo una valida ipoteca. Tale è la disposizione dei §§ 151, 246 e 247 del Codice civile; e tale pur anco era l'opinione degli antichi (2); i quali s'argomentavano da questo aforismo di Paolo: *servus rem peculiarem si pignori dederit tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit: nam et alienare eas res potest* (3). Al che Marciano soggiungeva: *eadem et de filiofamilias dicta intelligimus* (4). Però, siccome in antico il figlio di famiglia non avea sempre l'assoluta proprietà del suo peculio, il quale se profetizio era di proprietà del padre, se avventizio, erane pur riservato l'usufrutto al padre; così lo stesso Marciano in altro luogo ha cura di soggiungere: *facti tamen est quæstio, si quæratur quousque eis permissum videatur peculium administrare* (5). Presso di noi, questa non è una quistione di fatto, ma un principio di diritto, che al minore appartiene la proprietà e la libera amministrazione di ciò che guadagna colla propria industria, o risparmia sui redditi che gli sono lasciati. La conseguenza però è formalmente la stessa.

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 485.

(2) Neguzant, *de pignor.* par. 3. mem. 1. n. 13. Donnello, *de pign.* cap. 7 Hotoman, in Dig. *de pignoribus*. Balduin, *de pignor.* cap. 12.

(3) Leg. 18. § ult. Dig. *de pignorat. act.*

(4) Leg. 19. Dig. ibid.

(5) Leg. 1. § 1. Dig. *quæ res pignori*

Che si dirà d'un'ipoteca conceduta dal tutore senza interpellarne il giudice pupillare, ma in garanzia d'una sovvenzione di danaro, che venne da lui utilmente impiegata nella gestione della tutela, sia per riparazioni necessarie agli stabili, sia per qualche altro onesto, necessario e vantaggioso motivo?

Distinguiamo i rapporti tra questo creditore e il minore, e *i* rapporti coi terzi. Nel primo rapporto, l'ipoteca dovrebbe essere rispettata, come dovrebbe rispettarsi il mutuo contratto, quando veramente fosse stato contrattato col vantaggio del minorenne, dimodochè questi pervenuto alla maggiore età, avesse trovata migliorata da quel fatto la sua condizione, non potrebbe, con danno del sovventore arricchendosi, valersi della legge, la cui proibizione cessa ove cessa il pericolo del danno del minorenne. Il creditore perciò potria replicare di dolo, ed in virtù di essa respingere le eccezioni formali del medesimo. E tale è la dottrina d'Ulpiano: ***si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat est tamen exceptioni doli locus*** (1). E in proposito del curatore rispondeva Paolo: ***pignus a curatore furiosi datum valet si utilitate furiosi exigente id fecit*** (2).

Vedremo tosto se siffatta ipoteca sia efficace contro i terzi.

Ci può essere un altro caso in cui si potrebbe ritener valida l'ipoteca concessa dal minorenne, quando cioè, avuto in donazione un fondo, avesse contemporaneamente alla donazione stessa, e a modo di condizione, conceduto sul medesimo un'ipoteca al donante: supposto però che la somma ipotecata fosse inferiore d'assai al valore del fondo donato. Il § 865 del Codice civile espressamente vieterebbe quella ipoteca; perchè i minorenni possono bensì senza l'autorità tutoria accettare una promessa che sia fatta soltanto in loro vantaggio, ma se assumono un peso che vi sia congiunto, o promettono anch'essi qualche cosa, la validità del contratto dipende ***di regola*** dal consenso di quelli da cui sono rappresentati. Nel caso concreto, siccome la donazione e l'ipoteca sono collegate tra di loro in modo affatto inscindibile, l'ipoteca starà per la necessità stessa del fatto; essendochè o sta la donazione e deve stare l'ipoteca: o non sta la donazione, e il donante meglio che essere creditore, rimane proprietario della cosa (3).

Il minore emancipato è da noi paragonato in tutto al maggiorenne pei §§ 174 e 252 del Codice civile. Quindi può liberamente disporre delle cose sue e concedere ipoteche. Ma qui occorre di notare un'importante differenza tra questa e l'emancipazione di cui parlano le altre legislazioni. Presso i Romani non si ammetteva una così assoluta emancipazione, in quanto che nemmeno l'emancipazione conceduta dal principe non bastava ad attribuire al minorenne la facoltà di alienare od ipotecare gli immobili (4).

(1) Leg. 7. § 5, Dig. *de reb. cor. qui sub tut.* Richeri, Iurispr. vol. 9. § 1565.

(2) Leg. 11. Dig. *de curator. furios.* leg. 12. § 1, Dig. *de admin. et peric. tutor.*

(3) Tale sarebbe l'opinione di Olea, *de cession. jur.* til. 2 quæst. 2. in un caso consimile, ove dimostra inapplicabile le leggi 1. § ult. e leg. 2. Dig. *de reb. cor. qui sub. tutor.*

(4) Giustiniano nella leg. 3. Codice *de his qui veniam. ætatis.* (2. 45)

Questa parziale emancipazione s'assomiglia a quella del § 247 del Codice civile austriaco, che attribuisce la sola amministrazione dei redditi. La stessa proibizione fu conservata negli articoli 483 e 484 del Codice civile francese, negli articoli 361-362 del Codice albertino, nell'articolo 109 del Codice del Canton Ticino, e negli articoli 406 e 407 del Codice napoletano. Però nel Codice di commercio francese, articolo 6, il minore commerciante può da per sè solo ipotecare i suoi stabili (1).

**4.** Quello che si disse dell'incapacità de' minorenni di concedere una valida ipoteca, per l'identica ragione si applica insieme alle altre persone interdette dall'amministrazione dei proprii beni; quali i furiosi, i mentecatti, gli imbecilli e i prodighi.

E non solo i minorenni costituiti sotto la podestà tutoria, ma ben anco i figli di famiglia soggetti alla patria podestà, non possono da sè medesimi, finchè sono in minore età, vincolare gli stabili di loro esclusiva ragione; nè il di loro padre lo può per essi senza osservare le prescrizioni legali riguardanti gli atti obbligatorii dei minori soggetti a tutela (§ 152 e 178 del Cod. civ.): è necessario cioè l'intervento del giudice pupillare, il quale accorda l'autorizzazione solamente per una causa necessaria ed evidentemente vantaggiosa al minore (§ 232 e 233 Cod. civ.).

Così è disposto nell'articolo 97 del Codice civile di Parma, per cui il padre, ove l'utilità evidente o l'assoluta necessità del figlio lo esiga, può prendere danaro a prestito, ipotecare, alienare, permutare i beni del figlio stesso colla sola ordinazione del pretore.

Così presso i francesi l'autorità paterna in questo genere rilevante di negozii dee essere, come quella dei tutori, sorvegliata dal consiglio di famiglia, dal tribunale di prima istanza e dal regio procuratore, come importano gli articoli 457 e 458 del loro Codice civile.

Senza una necessità od utilità dimostrata, e senza il previo decreto del tribunale di prefettura del domicilio, per l'articolo 232 del Codice albertino, non può un padre piemontese concedere ipoteche sopra i beni stabili del figlio minorenne. Lo stesso si dica del Codice delle due Sicilie e dell'estense (2).

Sotto il regime legislativo del cessato regno d'Italia, come presso i francesi, la moglie in comunione o separata di beni, od anche di persona dal marito, per li articoli 217, 1449 e 1576 del Codice Napoleone, non potea alienare i suoi immobili senza il consenso del marito, o se ricusasse di prestarlo, senza l'autorizzazione giudiziale; e per gli articoli 1554-1558, non era sempre permessa l'alienazione dei fondi dotali col consenso di ambedue i conjugi (3). All'epoca dell'attivazione del Codice civile au-

(1) Grenier, Hyp. num. 37. 38. Troplong, *des priv. et hyp.* num 484.

(2) Art. 380, 381. Codice delle due Sicilie art. 133, 136. Cod estense.

(3) Per l'art. 130 del Cod. albertino la moglie non può ipotecare i suoi beni senza il consenso del marito. È pur stabilita in massima l'inalienabilità della dote negli art 1555 del Cod franc. Grenier, hyp. n 45. Troplong, *des priv et hyp* n 461.

striaco, che nei §§ 1237-1241 tolse di mezzo quella proibizione, fu dubitato se le leggi italiche continuassero ad aver vigore per i matrimonii contratti sotto il loro reggime. Il supremo Senato lombardo-veneto colla dichiarazione 4 novembre 1816, e l'Appello lombardo con due decreti riferiti dallo Zini (1), stabilirono che le leggi austriache dovessero regolare anche i matrimonii contratti sotto le leggi italiche, in quanto alle rispettive facoltà d'amministrazione dei conjugi: e quindi la moglie potesse disporre dei proprii beni estradotali, e i conjugi potessero disporre dei beni dotali.

Fralle persone che impropriamente si dicono incapaci, e che vengono sotto la special protezione della legge, sono le persone morali, le comunità religiose o cittadine, le dotazioni, gli ospedali, gli instituti di beneficenza, e tutte quelle aggregazioni, le quali hanno un loro particolare organismo amministrativo, che riceve impulso ed è in immediato addentellato coll'organismo amministrativo del Governo. Le Autorità politiche qualificarono come atti i più rilevanti di amministrazione la alienazione e la ipoteca degli stabili: le quali perciò sono demandate al loro sindacato.

Le Deputazioni comunali e i Municipii non possono occuparsi che di oggetti relativi all'amministrazione interna del territorio comunale. Senza la superiore permissione non possono conchiudere contratti bilaterali, transigere ed obbligarsi in qualsiasi modo (2), stipulare contratti di debito senza l'assenso della regia Delegazione provinciale, e solo nel caso di assoluta necessità; fatta eccezione riguardo alle spese necessarie non prevedute dal preventivo annuale, alle quali sono abilitate le Congregazioni municipali delle città regie ad incontrarle fino alla concorrenza complessiva di lire diecimila, e gli altri comuni fino alla concorrenza di lire duemila (3).

E per le stesse ragioni d'ordine pubblico già sotto il Regno d'Italia, col decreto 3 agosto 1803, si sottoposero le amministrazioni di tutti gli stabilimenti di religione e di beneficenza pubblica all'obbligo del rendiconto annuale. Esse sono quindi dipendenti dalle regie Delegazioni (4).

**5.** Un minorenne dopo aver concessa un'ipoteca a Tizio, dopo sciolto dalla tutela, concedette sullo stesso tenimento un'ipoteca a Mevio; indi ratificò l'ipoteca di Tizio. Si domanda se in virtù della ratifica resti sanata questa ipoteca dal suo vizio originale, e sii operativa con prelazione sull'ipoteca di Mevio. Imperocchè Mevio opporrebbe: quand'io ottenni la mia ipoteca, quella di Tizio era nulla, perchè costituita da persona inca-

(1) Zini Giurisprud. prat. vol. 1. par. 1. pag. 90. vol. 2. par. 1. pag. 31.

(2) Art. 24-26, 52, 55, 79, 81, 86, 121, 233, delle istruzioni avvocato dalla Notificazione gov. lomb. 12 aprile 1816 e della Notificazione gov. veneta 4 aprile 1816; Sovrana risoluzione 11 gennajo 1828.

(3) Notificaz. 10 agosto 1848 dell'Intendenza generale delle armate. Notificazione 4 agosto 1849 della I. R. Commissione plenipotenziaria.

(4) Art. 21. Istruzioni per le regie Delegazioni annesse alla Circol. 21 gennajo 1818 del governo lombardo.

pace, perchè mancante di titolo: perchè non fu ratificata che dopo il mio gius quesito. La ratifica non deve nuocere ai terzi. L'anterior creditore sosterrebbe la sua ipoteca ratificata con molte e gravi argomentazioni, le quali rendono assai difficile la decisione. E questa prende una proporzione maggiore, perchè i contrarii interessi sono propugnati con uguale impegno da due celebratissimi giureconsulti moderni, quali sono Grenier (1) e Troplong (2). La qual discordia se per avventura nuoce alla verità obbiettiva, ha questo vantaggio di esigere un più approfondito esame, e di permetterci la piena libertà della nostra opinione. E noi scegliamo l'opinione di Grenier, come più consona ai principii organici del Diritto ipotecario, e alla tradizione della giurisprudenza italiana.

Allega dal canto suo Troplong molte leggi romane, e le interpreta con una distinzione che ci sembra affatto erronea.

Alcune di quelle leggi parlano della posteriore ratifica e dell'effetto retroattivo di essa, ma non ve ne ha alcuna la quale, importi che questa efficienza retrograda influisca menomamente sui diritti acquisiti dai terzi. Le leggi 1.ª e 2.ª del Codice *si major factus ratum habuerit*, si limitano ai rapporti fra i contraenti; la legge 16 Dig. *de pignoribus et hypothecis*, non fa altro, come dissimo nel num. 4. del § XI, che interpretare la volontà del ratificante: ma qui si dimanda se la volontà di colui che ratifica, e l'atto stesso della ratifica nuoccia ai terzi. La legge ultima, Codice *si major factus alienationem factam sine decreto ratum habuerit*, sulla quale Troplong pone tutto il fondamento della sua opinione, non è gran fatto più decisiva delle precedenti. Giustiniano in essa stabilisce, che se un minore senza il decreto del giudice pupillare avesse alienato od ipotecato una cosa e che poscia divenuto maggiore *per quinque continuos annos... nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione*, IS QUI EAM FECIT, VEL HERES EJUS, *minime posse retractari eam occasione prætermissionis decreti, sed sic tenere*, QUASI *ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita*. Evidentemente il legislatore si dirige al ratificante e al suo erede, i quali non potrebbero impugnare o la vendita o l'ipoteca tacitamente ratificata, ossia dopochè pel silenzio di 5 anni perdettero il diritto d'impugnarla; ma egli non istabilisce il principio che quella tacita ratifica si retrotragga all'origine della convenzione. È agevole il concedere l'assentimento alla decisione posta in confronto delle persone del minorenne fatto maggiore e del suo erede, perchè di esse si può dire che abbiano voluto confermare pienamente la convenzione medesima; ma non così si può ammettere che sia vero, e che il legislatore con quella disposizione abbi posto quel principio generale: che una ratifica volontaria di un atto invalido e sprovveduto d'ogni effetto giuridico, possa nuocere al gius quesito dai terzi nel tempo in-

(1) Grenier, *hypotheques* num. 41-43.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 489. e segg. il quale pure riassume l'opinione di Merlin. *Quæst. de droit.* V. *hypothèq.* § 4, *Toullier*, *droit. civ.* tom. 4. n. 565.

termedio. Laonde neghiamo che qui il legislatore profferisca un principio assoluto, o come disse il Troplong, che non distingua se la ratifica debba essere efficace o no contro i terzi (1); perciocchè per allegare questa decisione contro il gius quesito dei terzi bisognava che il legislatore si fosse pronunciato esplicitamente. Dagli stessi rapporti de' contraenti non esce lo stesso Giustiniano nella legge ultima, Cod. *ad S. C. Macedonianum*, dove scrive: « *si filiusfamilias citra patris jussionem, vel mandatum, vel voluntatem, pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit: veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris, vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur: ita et si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum: cum testimonium paternum respuere satis iniquum sit.* » E vorrà forse dirsi che qui si parla di vendite, di ipoteche e di diritti reali? E che perciò confermato un contratto di mutuo si possa opporre ai terzi? Qui non ci ha nulla d'analogo che possa servire alla tesi proposta. La ratifica del padre convalida il mutuo del figlio, nello stesso modo che il fidejussore interponendosi per un tal debito, obbliga se medesimo (2). Ma col debito personale del mutuo non si nuoce al gius quesito dei terzi.

Dopo aver allegati questi testi, e attribuito loro questa esagerata efficacia in pregiudizio del gius quesito de' terzi, Troplong domanda a sè medesimo la ragione di questo suo supposto. E col ferro anatomico delle distinzioni taglia ogni difficoltà con dire: o la nullità originaria degli atti del minore è assoluta, od è relativa, cioè comminata per esclusivo riguardo al minore medesimo. Quindi conchiude: siccome l'atto sussisteva colla pienezza d'un'obbligazione verso la parte contraria, non era meraviglia se la posteriore ratifica del minore sanasse dall'origine, e sottraesse alla critica il contratto originariamente nullo (3). Noi non vediamo cosa più includente di ciò: quello che dice qui è innegabile per se stesso; ma non vediamo che tra questa proposizione e la quistione in discorso esista alcun rapporto, anche il più mediato e lontano.

Nulla v'ha di più volgare, che quella distinzione tra la nullità assoluta e la relativa: noi medesimi l'adoperammo in proposito dell'ipoteca conceduta dal terzo in garanzia dell'obbligazione invalida del minorenne. L'adoperò Bartolo in riguardo alla ipoteca concessa dal mandatario inabilitato, e poscia ratificata dal mandante: ma l'adoperò in un modo assai più ragionevole di quello che non l'adopera Troplong. *Aut illud*, insegnava il padre della moderna giurisprudenza, *aut illud quod fuit factum ante mandatum potuisset aliquo jure valere: et tunc ratihabitio retrotrahitur... aut non potuisset aliquo jure valere, et tunc ratihabitio non comparatur mandato, nec facit retro actu valere ut ex tunc, idest a tempore quo*

(1) Troplong, loc. cit. n. 489.
(2) Vedi sopra § V, n. 5 e 6.
(3) Troplong, *des priv. et hyp* n. 489., 493, 496 e 497.

*fuerunt facta, sed ex nunc sic* (1). Il mandato poteva nei rapporti particolari tra il mandatario e il mandante non aver autorizzato il mandatario ad assumere un'ipoteca, ma nei rapporti co' terzi poteva essere efficace a quest'uopo. Se al contrario, cioè nei rapporti co' terzi il concedere ipoteca *potuisset aliquo jure valere,* Bartolo avrebbe con ciò risposto che l'ipoteca dovesse stare, e la ratifica interposta giovasse soltanto alla quiete del mandatario. Lo stesso diremmo noi nel caso d'un minorenne che avesse dato un'ipoteca sopra uno stabile, del quale avesse avuto la libera amministrazione: siccome quest'ipoteca *potuisset aliquo jure valere*, così starà in qualunque tempo.

Ma questa distinzione non ci sembra affatto opportuna nel caso proposto, e non vediamo assolutamente come si possa dubitare di questa inopportunità, se stiamo alla spiegazione che ci fornisce lo stesso Troplong, dove cita a modo d'esempio la legge 13 § 29 Dig. *de actionibus empti* (2): nella quale si legge: ***si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*** L'equivoco di Troplong con questa citazione non può essere più evidente. Chè in questo caso il compratore, o in genere chi promette qualche cosa al minore, rimane obbligato verso il medesimo sino alla regolare accettazione per parte dell'autorità tutoria, com'è formalmente disposto anche nel § 868 del nostro Codice civile. Ma nel caso proposto si tratta, non già dell'obbligazione del terzo che contrae col minorenne, ma dell'obbligazione ipotecaria del minorenne stesso. E questa è invalida assolutamente. Perchè l'ipoteca che egli avesse conceduto potesse sussistere o ratificarsi dall'origine dovea in qualche modo valere: ma come valere se il minore non può assolutamente obbligare i suoi beni, de' quali non ha la libera amministrazione? Come si può dire che il minore sia pur indirettamente obbligato nell'obbligazione ipotecaria? Se l'ipoteca fosse stata concessa dal terzo, non moveressimo opposizione di sorta: ma l'ipoteca fu concessa dal minore; l'ipoteca non può stare senza il consenso di chi la costituì, e il consenso prestato dal minore è invalido assolutamente. Veggasi dunque in qual grossolano equivoco cadesse e persistesse Troplong con dire: ***on ne peut pas dire que l'acte n'existait pas avant la ratification, puisqu'il obligeait déjà l'une des parties par un lien indissoluble*** (3).

E su questo equivoco si sostiene quasi intieramente l'opinione del presidente francese. Perciocchè del resto conviene nella tesi generale, che la posteriore ratifica non retrotrae la validità del contratto d'ipoteca alla sua origine, quando si trattasse del pregiudizio dei terzi.

La qual conclusione, si può dire, è accettata con unanime consenso nella antica nostra giurisprudenza; poichè i più gravi giureconsulli professa-

(1) Bartolo in leg. *observare* 4. Dig. *de off. procons.*

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 497.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 498.

rono sempre in tesi generale che la posteriore ratifica non si può retrotrarre in detrimento dei terzi: come si può vedere nella Glossa (1), in Bartolo (2) e Baldo (3), presso Surdo (4), Brunneman (5), e Dionigi Gottofredo (6); e come attestò Fachineo con dire: *non enim potest superveniens consensus unius auferre alteri jus quæsitum, secundum regulas vulgares* (7); e come scrisse Tiraqueau: *nec ratihabitio retrotrahitur, nisi in præjudicium ejus, qui ratum habet, non alterius* (8); così in Graziano (9); così in Sabellio dove scrisse: *ratificatio non est attendenda post jus quæsitum alteri, et re non integra...... Ratificatio retrotrahitur ad tempus contractus in præjudicium ipsorum contrahentium, non autem in præjudicium tertii, cui medio tempore sit jus quæsitum* (10). Aggiungasi l'autorità di Paolo Montano, validissimo scrittore delle tutele, il quale nella soggetta materia dell'ipoteca concessa dal minore formalmente insegna: *quæ quidem ratificatio facit ut valeat contractus ex nunc, scilicet a die ratificationis, non tamen ab initio; idque hac ratione, quia actus nullus, non legis dispositione, sed hominis, convalidatur; qui quidem homo, cum fingendi potestatem facultatemque non habeat, minus efficere potest ut in præteritum retroque trahatur suus ille actus* (11). E questa conclusione è pur suffragata da Salgado in quest'altra specie non affatto dissimile: *nam licet census impositio facta per minorem super suis bonis, absque decreto judicis, et aliis juris solemnitatibus, sit nulla ipso jure, tamen si ipse minor, postquam fuit factus major viginti quinque annis, censum præfatum solvit, vel recognovit, convalidatur præcedens invalida impositio* PROUT EX NUNC, *ex novo consensu et tacita ratificatione* (12).

Troplong vidde pure contrario alla sua opinione la gravissima autorità della Glossa, di Bartolo e di Tiraqueau, ma vuole che essi applicassero quella regola solo al caso della nullità assoluta dell'atto ratificato. Pure vedemmo molti altri gravissimi giureconsulti discendere anche al caso specialissimo della presente quistione. E lo stesso Tiraqueau smentisce ogni specie di restrizione mentale col soggiungere immediatamente: EST AUTEM GENERALE, *ut cum quid retrotrahitur, intelligitur in præjudicium eorum, qui actum faciunt,* NON ALIORUM. Ed egli stesso ha cura di appl:

(1) Glossa, in leg. 16. § 1, vers. *committi* Dig. *rem. ratam haber.*

(2) Bartolo in d. leg. et in leg. *bonorum* Dig. eod. til. in leg. *aliena res.* 20. Dig. *de pignorat. action.* in leg. *si uxor.* 13. § *si quis uxorem.* 6. Dig. *de adulter.* et in leg. 1. n. 4. vers. *ratio quia.* Cod. *ubi de criminib.*

(3) Baldo, in leg. *aliena res.* Dig. *de pignorat. act.*, in leg. *observare*, § *post hæc.* col. 3. Dig *de offic. procons.* in leg. *ordo.* Dig. *de execut. rei judic.* in leg. ult. Cod ad S. C. Macedon.

(4) Surdo, *decis.* 245. num. 1 *decis.* 111 n. 1. 2.

(5) Brunnemann, in leg 1. n. 6. Codice *si major factus ratum habuerit.*

(6) Dyon. Gothofred. in d. leg 16. § 1, Dig. *rem. ratam. hab.*

(7) Fachinæus, *controvers. juris*, cap. 61.

(8) Tiraquellus, *de retract. lignag.* § 1. gl. 10. n. 69.

(9) Gratian, *disceptat. forens.* cap. 667 num. 13. cap. 710. n. 2. cap. 768. n. 9. cap. 772. n. 4. cap. 937. n. 18 e 19.

(10) Sabell. *summa*, ver. *ratificatio.* n. 3.

(11) Montano, *de tutor. et curator*, cap. 33. n. 516.

(12) Salgado, *labyrin. credit.* par. 2. cap. 10 num. 28. e 29.

carlo anche nel caso d'una restituzione in intero d'un minore, colle parole: *sive etiam restitutio* (1). E con questo corollario dovéa Troplong accorgersi d'essere formalmente smentito dal suo dottissimo predecessore, nel luogo appunto ove vi fa il più gran fondamento (2).

Però Troplong non è egualmente felice nello scongiurare l'autorità di Pothier, com'egli fa in due luoghi distinti (3), specialmente nel luogo ove parla della ratifica della vendita fatta dal minore: caso diversissimo dal presente, come vedremo nel seguente § XIV, num. 11 e 12.

E che più? lo stesso Codice civile francese nell'articolo 1338 stabilisce espressamente, che *l'atto di conferma o ratifica d'una obbligazione, contro la quale la legge ammette* L'AZIONE DI NULLITA' O DI RESCISSIONE, *non è valido che qualora vi si trovino la sostanza della stessa obbligazione, il motivo espresso dell'azione di rescissione, e la dichiarazione di correggere il vizio su cui tale azione è fondata. In mancanza d'atto di conferma o ratifica, basta che l'obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata. La conferma, ratifica o esecuzione volontaria secondo le forme e le epoche determinate dalla legge, producono la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto*, SENZA PREGIUDIZIO DEI TERZI. Troplong si dimenticò certo di quest'articolo quando s'accinse a questa disputa; e mal per lui, che lo avria accomodato per tempissimo e acchetati gli scrupoli all'ombra dell'*ita lex scripta est*. Nè ci avea più bisogno di distinguere tanto sottilmente l'assoluto dal relativo in questa costituzione d'ipoteca del minore, perchè la legge allegata parla di tutti i casi, cioè dell'azione di nullità e di rescissione, della nullità assoluta e della relativa, o per ambedue si conchiude che la ratifica retroagisce bensì, se pur si vuole, ma in ogni caso *senza pregiudizio dei terzi*.

Possiamo dunque conchiudere ancor noi in questo senso, sì per la giurisprudenza universale, che pel Diritto austriaco; posciachè per i §§ 244 e 865 del Codice civile l'obbligazione personale del minore, e l'alienazione e quindi l'ipoteca, ch'egli concedesse, si possono indubbiamente ritenere per atti nulli. Le obbligazioni del minore possono sussistere solo ed in quanto non affettino il suo patrimonio, come dicemmo nel § V num. 5; ma in quanto lo affettino sono a considerarsi come assolutamente nulli. Col concedere un titolo d'ipoteca sui proprii beni, dei quali non ha la libera amministrazione, contrae un'obbligazione che è invalida. Se il titolo è invalido, mancherà pure l'ipoteca. Imperocchè l'essenza del diritto ipotecario consiste ne'quattro elementi, dell'obbligazione principale, del titolo, della proprietà e del modo di sua dimostrazione; talchè se manca taluno di questi manca la essenza dell'ipoteca. Se essa è nulla per un er-

(1) Tiraquell. ibid. num. 71.
(2) Troplong, ibid. num. 498.
(3) Id. ibid. num. 490 e 497.

rore nell'iscrizione, per l'insussistenza del debito o per mancanza della proprietà, è nulla anche nel difetto del titolo. Il consenso del minore non è titolo sufficiente, quando non sia corredato dell'autorità tutoria. E tanto che la ratifica sia tacita pel silenzio del maggiorenne, ovvero che sia espressa, i terzi conservano sempre il diritto di impugnare la validità originaria dell'ipoteca ratificata: e comunque si voglia valutare, come una obbligazione morale, il consenso prestato dal minorenne, i terzi medesimi, contro de' quali si vuole opporre un diritto reale, hanno ragione d'opporre che quel diritto è sprovveduto d'uno de' requisiti essenziali: imperciocchè nel mondo giuridico quella obbligazione non conta nè può essere considerata dai terzi: nè divenuto maggiore l'obbligato, poteva con un atto libero di sua volontà, colla ratifica, togliere ai terzi il loro gius quesito. Possiamo adunque riassumere con Bartolo: *quando actus nullus confirmatur, tunc sustinetur tamquam novus actus* (1). *Ratihabitio sequens nihil præjudicat actui medio* (2).

## § XIII.

Si può sottoporre ad ipoteca la proprietà e l'usufrutto dei beni immobili, che sono in commercio, e dei loro accessorii.

*Arg. dall'art.* 2118 *Cod. civ. franc*
*e dal* § 448 *Cod. civ. gen. aust.*

### SOMMARIO.

1. Ragione del §, e divisione della materia.
2. Delle cose immobili e degli accessorj riputati come immobili.
3. Se l'acquedotto sia suscettibile di ipoteca. Affermativa di Romagnosi.
4. Delle cose che sono in commercio.
5. L'ipoteca presuppone la proprietà.
6. La certezza dell'ipoteca dipende dalla certezza dell'utilità della cosa, e da quella del dominio: quindi della dimostrazione materiale del dominio.
7. Se nelle precedenti legislazioni esistesse un general criterio conoscitivo della proprietà e de'diritti reali: de'registri censuarj, e delle notifiche: della trascrizione e del sistema tavolare.
8. Quale sia il criterio parziale per conoscere degli attuali trapassi del dominio: se per l'antica legislazione fosse necessaria la tradizione.
9. Se nella legislazione francese e quindi del cessato regno d'Italia fosse pur necessaria.
10. Se è necessaria nel sistema austriaco vigente: interpretazione della Notificazione governativa 16 marzo 1816.

(1) Bartolo in leg. *more*, n. 5. Dig. *de jurisdic. omnium judicum.*

(2) Idem. in leg. *aliena res.* Dig. *de pignoral. action.*

1. Dicemmo essere l'ipoteca la sistemazione giuridica del credito personale sulla proprietà fondiaria. Avendoci proposto d'analizzarla ne' suoi composti, abbiamo preso le mosse dall'analisi del credito, indi passammo in rassegna le diverse cause determinatrici di questo prodotto giuridico. Ora dobbiamo vedere qual sia la materia sulla quale cade, ossia come avviene che sia una sistemazione sulla proprietà fondiaria. Già vedemmo come questa sistemazione sia necessaria: imperocchè può esser fugace e ingannatrice la fede personale del debitore, può questi per le repentine ingiurie della fortuna immiserire, e il creditore può trovarsi quindi deluso nella sua legittima aspettativa. Ma perchè la libertà del debitore non nuoccia alle funzioni vitali del credito si è trovato coll'ipoteca un mezzo di coartarla ne' confini del giusto, cioè in quella parte della sua proprietà immobiliare che corrisponda alla quantità dei valori accreditati. Per tal modo il diritto del creditore permane efficace sulla proprietà, comunque svanisca la fede personale del proprietario, e in luogo del credito rimane la cosa. Per l'ipoteca adunque, quando sia convenientemente stabilita, non v'ha un vero più evidente di quell'adagio forense: *plus cautionis in re est quam in persona* (1).

Ma quando noi diciamo essere materia dell'ipoteca la proprietà dobbiamo accuratamente distinguere nel concetto di proprietà i due termini estremi che la costituiscono; cioè il termine economico, e il termine giuridico.

Il termine economico è ciò che si dice la cosa materiale e l'immobile, il cui valore commutabile in commercio può servire al soddisfacimento del credito. Una cosa che non abbi valore non potrebbe servire ad alcuna garanzia; e questo valore non dovrebbe essere effimero, cioè la cosa

(1) Leg. 25. Dig. *de diversis reg. juris*

durasse in siffatta condizione, per cui potesse prestarsi alla garanzia per un tempo maggiore di quello assegnato al credito.

Ma la cosa col suo valore, cioè colla sua entità economica, non può essere per ciò solo materia bastevole all'ipoteca. Quello che più importa a conoscere è la sua condizione giuridica; che cioè ella sia in proprietà di colui che vuol destinarla all'ipoteca. Che importa l' utilità della cosa se nel mondo giuridico il privato cittadino non ne potesse fruire?

Laonde stimiamo che inesattamente si sia espresso il legislatore francese nell'art. 2118 del Cod. Napoleone, ove disse: sono soltanto suscettibili d'ipoteca *i beni immobiliari* che sono in commercio, ed i loro accessorj reputati come immobili; l'*usufrutto* degli stessi beni e dei loro accessorj durante l'usufrutto (1). Imperocchè sembrerebbe che dei beni immobiliari che sono in commercio, e dei loro accessorj si possa ipotecare soltanto l'*usufrutto*: cioè, dell'utilità economica che si dice bene immobile, possa disporre per ipoteca solamente chi ne ha l'usufrutto.

Il che non si volle certo da nessuno nemmanco sospettare; perchè come vedremo più chiaramente in appresso, non il solo usufrutto, ma la proprietà e le altre sue compartecipazioni possono essere suscettive passivamente d'ipoteca.

Il Codice austriaco disse semplicemente che sono passibili d'ipoteca i beni immobili: ma non vi aggiunse quell'idea differenziale dell'usufrutto: quindi ha evitato quell'equivoco. Però non dispone esplicitamente assegnando un distinto § alla materia che ci siamo qui proposta: per cui ci siamo creduti in obbligo di torre ad imprestito la formula dell'art. 2118 del Cod. civ. francese, introducendo quella modificazione per cui ai bèni immobili premettiamo la loro condizione giuridica, cioè la proprietà in chi li sottomette all'ipoteca, e quindi anche l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorii. Abbiamo però ommesso d'indicare quale specie di proprietà possa essere sottomessa ad ipoteca, perchè tutte le diverse specie si contengono nella nozione generale della proprietà (2).

**2.** Pur mostrammo nel § 11, sull'autorità del § 448 del Codice civile, che si possa dare in pegno qualunque cosa che sia in commercio. Se questa cosa è mobile, chiamasi in senso stretto pegno; se è immobile, dicesi ipoteca. È adunque un carattere distintivo dell'ipoteca che la cosa ipotecata sia immobile.

« Mobili sono le cose, secondo il § 293 del Cod. civ., che salva la sostanza di esse possono trasportarsi da un luogo all'altro; in caso di-

(1) A questo articolo corrispondono colla stessa leziono: l'art. 2004 del Codice napolotano e l'art. 1145 del Codice ticinese

(2) L'art. 2168 del Cod. parmense, e del Cod. alberlino, l' art. 104. del regolamento ipotecario di Romagna, l' art. 4 del regolamento toscano, e l'art. 2159, del Cod. estense aggiungono alla leziono dell' art. 2118, del Codice francese: essere suscettibile d'ipoteca il dominio diretto, e il dominio utile nell'enfiteusi.

verso sono immobili ». Immobile in riguardo a noi è la terra che ci sopporta, i campi che ci prestano l'alimento, i boschi, i vigneti, i pascoli, le miniere: gli edifizii che ci ricovrano, e tutto ciò che l'industria umana pianta ed edifica sulla terra pei bisogni della sua natura (1).

Anzi lo stesso fondo, dice Troplong, col di sopra e col di sotto può servire ad una doppia affettazione: secondochè in uno stesso fondo ci può essere e la proprietà delle miniere, e delle scavazioni, e la proprietà della parte superiore del fondo, ossia il diritto di superficie, che può suddividersi in diritto di enfiteusi, usufrutto ecc. (2).

Ma questo concetto dell' *immobilità* non è assoluto, ma relativo alla potenza ed all'economia delle umane industrie. Per riguardo alle forze umane è immobile il suolo. Per riguardo all'economia dell'umana industria è immobile quanto si edifica sul suolo, ma che non si potrebbe trasportare in altro luogo senza nuocere alla sostanza della cosa inedificata. Per questa stessa ragione, cioè per l'economia dell'umana industria, le cose mobili per sè stesse, si aggiunse nel succitato §, si reputano immobili in senso legale se o per disposizione di legge, o per destinazione del proprietario sono pertinenza di una cosa immobile.

Sotto il nome di pertinenza s'intende ciò che viene posto *in permanente connessione* con una cosa. Questa nozione ci è fornita dal seguente § 294. Vedremo nel § XLVI quali sieno queste pertinenze, quando esporremo come si protende l'efficacia dell'ipoteca sugli accessorii del fondo.

Però dobbiamo frattanto avvertire che dal principio, che una cosa mobile in quanto è a perpetuità connessa col fondo si considera siccome immobile, discende l'illazione che la cosa stessa presa isolatamente non è suscettibile d'ipoteca; perchè se è disgiunta dal vero immobile è spogliata del carattere legale di pertinenza, e cessa quindi d'avere questo concetto di relazione: quindi tornando alla sua pristina natura, bensì può essere oggetto del pegno, non già dell'ipoteca (3). Come ad esempio se si volessero ipotecare i filari di piante ed altri frutti senza il fondo; finchè restano nel fondo si considerano immobili, perchè compartecipano della natura del fondo e formano un tutto individuo col fondo medesimo; cosicchè non riceverebbero quell'attributo se non si intendessero immanenti e formanti un tutto col fondo che li produce (4). La stessa conclusione varrebbe d'un edifizio costrutto in maniera che si potesse scomporre e trasportare ovunque: come ad esempio una casa di ferro, di legno od altra materia consimile. L'ipoteca colpirebbe col *jus soli* anche l'edifizio finchè vi stesse momentaneamente congiunto, ma non più che siccome semplice pertinenza.

(1) Mattei, Comento al § 294, n. 2.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 404. bis.

(3) Merlin, V. Repertoir. *hypotheque.* sect. 2, § 3, art. 3. num. 6. Persil, Rég. *hyp* sub. art. 2118. Troplong, *des privil. et hyp.* n. 399. 444.

(4) Merlin e Troplong, loc. cit.

Come corollario di queste nozioni si possono registrare gli art. 105 e 107 del Regolamento ipotecario vigente in Romagna. « I molini fissi e struttili sono noverati nella classe delle proprietà fondiarie capaci d' ipoteca: i molini fluviali ed asportabili ne sono esclusi. La stessa regola e la stessa disposizione ha luogo rapporto ad altri opifizi di simil genere. Nondimeno i mobili inerenti agli edifizi urbani, ed i semoventi destinati a formare la dote o l'istromento dei fondi rustici, sono compresi nell' ipoteca a cui soggiacciono i fondi. Tale ipoteca non potrà costituirsi separatamente: durerà finchè i mobili o semoventi rimarranno nella loro destinazione: non li segue allorchè siano distratti. »

**3.** La condizione speciale dell' agricoltura lombarda che è tanto avvantaggiata dal sistema dell'artificiale irrigazione, suggerisce la posizione del quesito, se si possa concedere ad ipoteca la ragione d'un'acqua irrigativa.

Questo fattore economico, finchè è di perpetua permanenza della proprietà del fondo sul quale trascorre, si può considerare come cosa immobile: come pur volle Ulpiano: *portio enim agri videtur acqua viva* (1). Ma nell'economia fondiaria il più delle volte viene considerata come affatto distinta dalla proprietà dei fondi, sui quali gli acquedotti trascorrono: dimodochè ad eccezione delle servitù imposte alle rive, della manutenzione delle medesime e degli edifizii necessarii al sostegno e alla modulazione dell' acquedotto medesimo, sembrerebbe che tutta la proprietà di chi lo possiede si riduca al solo elemento mobilissimo delle acque.

Ora si domanda se cosifatto acquedotto sia suscettibile di ipoteca: e prima ancora se si possa considerare fralle cose immobili.

Risponde Giandomenico Romagnosi: « L'acqua nuda non è acquedotto, ma un fluido d' una data specie. Parimenti un canale senz' acqua non è aquedotto, ma uno scavo, una galleria, un tubo o altro manufatto. Dunque il concetto reale e naturale dell' aquedotto è di ragione composta, ma *individua*, poichè a costituire il concetto di lui concorrono le idee si dell' acqua che del condotto: e vi concorrono in modo, che una sola di esse non somministra l' idea di aquedotto. Così del corpo e dell' anima: congiunte concorrono a costituire l' idea dell' animale. Dunque l'idea complessa dell' aquedotto non si può scindere, ed attribuire il nome di aquedotto sia all' acqua presa per se sola, sia al suo nudo recipiente... Il far correre un' acqua giusta una data direzione è propriamente officio delle date rive, delle date gallerie, dei dati doccioni. Nell' economia agraria questa funzione viene eseguita da dati canali o sotterra o in terra o sopra terra, i quali sono edifizii e manufatti pari alle cose, e per commune appellazione e consenso, riguardali come immobili. Oltre a ciò

(1) Leg. 11. Dig. *quod vi aut clam*. Pecchio, *de aquæductu*, cap. 10. q. 11. num 19. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 4. tit 16. num. 6.

nella ragion prediale la condotta delle acque è primariamente destinata a servire sia alla fertilità delle terre, sia a muovere opifizj stabili, sia a delizie stabili, o sopra i beni stabili. Dunque sia per ragione naturale materiale, sia per ragion finale, l'aquedotto prediale si deve qualificare e porre nel novero dei beni stabili. Per ragione materiale, perchè la qualità del recipiente e rispettivo dirigente, e che dà forma e direzione all'acqua, è per sè stabile; per ragione finale poi, perchè la destinazione e il servizio dell'acqua la rendono addetta e consacrata a bonificare un possedimento stabile. »

« Invano si vorrebbe insistere, (soggiunge), sulla natura fluente dell'acqua e sull'officio suo. In tutte le legislazioni la qualità d'immobile d'una cosa non viene assunta e adoperata nel solo senso fisico e rigorosamente logico, ma viene applicata secondo vedute e posizioni diverse. Imperocchè secondo diversi aspetti e relazioni l'attributo *d'immobile* si applica a cose diverse. Così esistono cose immobili: 1.° per la loro *natura*, come i campi e le case; 2.° per la loro *accessione*, come le piante ed altri prodotti agricoli; 3.° per la loro *congiunzione*, come i così detti infissi; 4.° per la loro *destinazione*, come gli attrezzi rurali o d'una fabbrica di industria. »

« Sotto alcuna di queste qualificazioni cadrà certamente l'aquedotto: e cade di fatti sotto molte a un tratto. Prendi tu la costituzione sua materiale? egli cade sotto la prima e la seconda. Prendi tu la sua destinazione? egli cade sotto la quarta. Vuoi tu contemplare anche per sè l'acqua contenuta? essa è una cosa utile tramandata dalla terra sulla sua superficie: e però, a norma del § 293 del Codice civile austriaco, finchè non sia distratta è immobile » (1)

Da tutto ciò conchiude più avanti che l'aquedotto possa essere passibile d'ipoteca (2). E noi riverenti accettiamo questa dottrina.

**4.** Perchè un immobile possa essere validamente ipotecato è necessario che si possa alienare e che sia in commercio: perchè in contrario, dice Winiwarter, inutile riuscirebbe lo scopo del pegno, che consiste nel conseguire il pagamento mediante l'alienazione della cosa (3). Così dispongono il § 448 e il § 878 del nostro Codice civile, e l'articolo 2118 del Codice francese (4).

Marciano avea profferito questo principio: *eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest ut divus Pius Claudio Saturnino rescripsit* (5).

Come poste fuori di commercio si annoverano le cose *sacre* o di diritto

(1) Romagnosi, *Ragion civ. delle acque* lib. 1. cap. 1. § 332-333.

(2) Ibid. § 379 e 382.

(3) Winiwarter. *Diritto civ. aust.* tom. 2. § 136, così anche Mattei, al § 448. n. 8. Codice aust.

(4) Grenier, hyp. num. 51 e 140. Vedi sopra al num. 2. gli articoli dei Codici Italiani che corrispondono all'art. 2118. del Codice Napoleone.

(5) Leg 1. § 2, Dig. *quæ res pignori.*

divino, come i tempii, i cimiteri (1). E non sono in commercio, ma semplicemente riservate all'uso di tutti i cittadini indistintamente le strade maestre, i fiumi, le riviere, i porti, e le spiagge di mare, che nel § 287 del Codice civile si dicono beni universali o pubblici (2).

La ragione di ciò è evidente, ripetiamo con Neguzanzio: *et ratio est, quia per obligationem pervenitur ad venditionem pignoris* (3).

Però quest'esclusione dal commercio può essere od assoluta, o relativa soltanto ad una determinata classe di persone o a qualche individuo, o limitata a tempo, o dipendente da una condizione. Questa distinzione ha la sua ragion d'essere secondo che dipende dal Diritto pubblico o dal privato. Per ciò che concerne quest'ultimo è materia dell'analisi della proprietà che veniamo tosto a trattare. Quanto al Diritto pubblico, sono parecchi gli esempii di questo sistema proibitivo.

Nella legislazione piemontese potrebbe verificarsi un caso relativo: essendochè nell'articolo 28 del Codice albertino si vieta agli stranieri d'acquistare o prendere a pegno (cioè ad antieresi), ad affitto, od a colonia beni stabili nel territorio dello stato, i quali sieno situati ad una distanza minore di cinque chilometri dai confini, sotto pena della nullità del contratto. Nello stesso articolo però si ammette implicitamente la validità d'un'ipoteca conceduta allo straniero, solo proibendosi che quei beni gli si potessero aggiudicare in pagamento de' suoi crediti, ma che dovranno sempre venir subastati, e lo straniero essere soddisfatto sul prezzo. Quest'articolo però venne dichiarato inapplicabile ai sudditi austriaci, coi trattati politici 4 ottobre 1751, 31 agosto 1763 e 19 novembre 1824 (4).

Un altro esempio ci è porto da Modestino: *Qui officii causa in provincia agit vel militat, prædia comparare in eadem provincia non potest: præterquam si paterna ejus a fisco distrahantur* (5). E nello stesso libro V Regularum soggiunge: *in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus obligare non prohibetur* (6). Tanto era imperfetto l'organismo amministrativo d'allora, tante e così giornaliere le concussioni dei proconsoli e dei magistrati, che si dovea reputare rapina e spoglio ogni più lecito acquisto! Questa specie di restrizioni personali non è contemplata dalle leggi moderne, per i più perfetti ordinamenti amministrativi.

Nell'Impero d'Austria gli Ottomani e le loro mogli, sebbene queste prima del matrimonio fossero cittadine austriache, sono incapaci ad ac-

(1) Leg. 3. Codice *quæ res pignori*. leg. 18. Codice *de sacros. eccles*. Novelle 7. Holoman, in Dig. *quæ res pignori*. Zoesio, in pond, *quæ res pignor*. n 6. Voel, *ibidem*. num. 1. Richeri, *jurispr*. vol. 9. § 1562.

(2) Leg. 8. Codice *quæ res pignori*. Troplong, *des priv. et hyp*. n. 412.

(3) Negusant, *de pignor*. par. 2. mem. 3 num. 70.

(4) Vedasi la notificazione del governo lombardo 23 gennajo 1840: nell'art. 2. del trattato di pace 6 agosto 1849 tra l'Austria e la Sardegna furono confermati i trattati esistenti prima del 1848.

(5) Leg. 62. Dig. *de contrahenda emption*. (18. 1.) Così press' a poco Marciano nella leg. 46. *eodem tit*.

(6) Leg. 24 Dig. *de pignorib. et hyp*.

quistare (e possedere) beni stabili (1). Così dei Montenegrini (2). Però gli uni e gli altri potrebbero ricevere un'ipoteca secondo si è detto in riguardo alla simile proibizione del Codice piemontese.

5. È un principio evidente di diritto che non si può acquistare una valida ipoteca speciale sopra di una cosa, se questa non appartiene al debitore nel tempo in cui viene costituita, ovvero se la cosa è d' altri, senza il consenso del proprietario.

I §§ 450 e 457 del Codice civile presuppongono codesto principio, che è però più chiaramente formulato nelle leggi antiche. *Cum serviana etiam actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse nisi quæ obligantis in bonis fuerint. Et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse certissimum est* (3).

Richiamando alla mente la idea generale del pegno, si vede come la cosa mediante il medesimo viene ad essere affettata al diritto del creditore e da questi venduta. Ora questo vincolo non potria essere acconsentito da altri che dal suo proprietario (4), perchè niun' altro può vendere o altrimenti disporre della proprietà ove non fosse il proprietario (5); e questo è corollario immediato di quel volgare principio; *id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.* (6).

Da qui deriva come ogni diritto ipotecario abbia la sua natural base sovra il dominio delle cose, e come qualunque sistema ipotecario che aspiri alla perfezione deve assicurarsi della garanzia e solidità del sistema delle leggi che regolano la proprietà e presiedono alle sue funzioni economiche. E più specialmente devesi aver riguardo alla dimostrazione esteriore del diritto di dominio, e poscia all' entità ed idealità del medesimo. Delle quali cose abbisogna per ciascuna un separato discorso.

Ma parlando di questa necessaria preesistenza o coesistenza della proprietà all'ipoteca, non dobbiamo pretermettere la rimarchevole differenza che ci ha tra il contratto di pegno e d' ipoteca, e quello di vendita: in ciò, che pel § 1368 del Codice civile il contratto di pegno è quello col quale si concede *realmente* il diritto di pegno sopra una cosa, consegnandola se è mobile, e se è immobile vincolandola col mezzo dei registri delle ipoteche. Il patto di dare il pegno non costituisce ancora il contratto di

(1) Vedi Decreto aulico 24 febbrajo 1816 diramato colla Circolare d'Appello lombardo 13 marzo 1816, confermata dal Decreto aulico 5 maggio 1820, pubblicato colla Circolare 14 giugno 1820 dell' Appello di Milano, e colla Circolare 7 giugno detto anno del governo di Venezia.

(2) Decreto Aulico 31 dicembre 1845, n. 35173, Risoluzione Sovrana 26 luglio 1849, pubblicata colla Circolare 30 agosto successivo dell'Appello lombardo. Le antiche limitazioni che esistevano contro gli Ebrei nell'acquisto dei beni immobili furono tolte coll' articolo 30 della Costituzione 4 marzo.

Non possono assoggettarsi a pegno nei fabbricati dei comuni ad uso d' officio e gli altri oggetti determinati al § 13, del Regol. 15 marzo 1828, annesso alla Not. 13 marzo 1818 dei gov. di Lom. e Venezia.

(3) Diocleziano e Massimiano Imperatori, nella legge 6. Codico *si aliena res pignori*, e nella legge 6. Codice *quæ res pignori*. Così Giustiniano nella legge ultima Codice *de pactis*.

(4) Bachovio, *de pignor*. lib. 2. n. 1-3.

(5) §§ 423. 424. del Codice civile aust.

(6) Leg. 11. Dig. *de regul. juris*. Mattei al § 448, n. 20. Codice civ. aust.

pegno. Invece che il contratto di vendita è perfetto anche senza il trasferimento della proprietà nel compratore; perchè nella compra-vendita, che si regola coi principii della permuta (§ 1053, 1066), non è necessario nemmeno la tradizione della cosa (§ 1045); e perchè nel § 1053 si suppone che ci sia un venditore, anche quando la cosa non fu ancora consegnata al compratore. Il contratto sta: e i contraenti sono tenuti a trasferire e a ricevere la cosa in libero possesso; ma quegli che non adempie alla sua obbligazione, in virtù detto stesso contratto, è tenuto verso l'altro del danno emergente e del lucro cessante (§ 1047). Se una parte non adempie al contratto, l'altra non può chiederne lo scioglimento, ma soltanto l'esatto adempimento e l'indennizzazione (§ 919). Chi vende per sua una cosa altrui è responsabile se risulta il contrario (§ 923): è tenuto per l'evizione (§ 929) (1).

Non dissimile era la sentenza d'Ulpiano: *rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest* (2). Ed Accursio nella glossa a questa legge ci fornisce la ragione di questa differenza. *Quia in pignore oportet quod constituam ei jus in re, idest obligationem quandam: quod facere non possum si res est aliena. Sed in venditione non teneor nisi quandam asininam possessionem tradere et me pro evictione obligare: et ita est jus in persona quod possum etiam in re aliena* (3).

Con questa distinzione limitavasi il senso troppo generale dell'aforismo di Gajo nella legge IX § 1 Dig. *de pignoribus*: *quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest.* Imperciocchè il creditore avente ipoteca non potrebbe esercitare alcun diritto sulla cosa altrui (4). E siccome il diritto di pegno per essenza è reale, o non v'ha diritto di pegno se non è reale, epperciò concedendolo sopra una cosa altrui, saria come concedere nulla; *nihil te egisse constat*: dice Pomponio (5). Il compratore invece, sebbene abbi comperato una cosa non appartenente al suo venditore, tuttavia risente una utilità del suo contratto: perchè finchè possiede in pace la cosa, non può molestare il venditore: se la cosa gli vien tolta, agisce per l'evizione contro il venditore (6); il quale è tenuto a prestargli l'utilità del contratto: *venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (7).

(1) Opiniona adottata anche da Basovi, al § 925, n. 4.

(2) Leg. 28. Dig. *de contrahenda emptione.*

(3) Questa soluzione è adottata da Baldo in leg. *si sine.* Codice ad S. C. *Vellejan.* Neguzant. *de pignor.* par. 2. m. 3. num. 58, Zoesio, in Dig. *quæ res pignor.* num. 1. 2. Voet, eod. tit. num. 3. Dyon. Gothofredo in leg. 9. § 1, Dig. *de pignor.* Salgado, *labyr. credit.* par. 2. cap. 9. n. 74. Hotoman, in Dig. *quæ res pignori.* Coccejo, *Jus. civ. controv.* quæ 12. *de pignoribus.* Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 3. n. 1. Richeri, *Jurispr.* vol. 9. § 1388. Troplong, *des priv. et hyp.* nom. 519. Mattei, al § 456, num. 5. Codice civ. aust.

(4) Leg. 15. § 1, Dig. *de pignorib.* leg. 6. Codice *si aliena res pignori.* leg. 6. Codice *quæ res pignori.* leg. unica. Codice *si communis res.*

(5) Leg. 2. Dig. *de pignoratit. act.*

(6) Leg. 11. § 2, Dig. *de action. empti.* (19. 1) o vedasi il nostro § LXVI.

(7) Leg. 30. Dig ibid.

6. Avanti di esaminare il valore giuridico del diritto di dominio, che è la materia e il fondamento dell' Ipoteca, dobbiamo fermarci sopra una avvertenza che è d'un'importanza massima, e nell'interesse de' privati, e nell'interesse organico del sistema ipotecario. Imperocchè il creditore, per essere certo d'ottenere coll' Ipoteca una cauzione efficace e duratura, deve accertarsi dell'esistenza materiale, non solo del fondo che il debitore gli esibisce a garanzia, potendo accadere per avventura che il fondo esibito esistesse solo negli spazii imaginarii, ma deve aver cura di constatare per indubbie prove che il tal fondo abbi un valore economico sufficiente al futuro rimborso del suo credito; e questo valore sia di libera spettanza del costituente dell'ipoteca per la libera sua proprietà, o in proporzione del suo diritto di comparteeipazione al dominio o all'usufrutto: o in fine che questo suo diritto e il valore della cosa non sia assorbito dalle precedenti Ipoteche e passività del fondo medesimo.

Circa al valore economico del fondo dovrà porre mente a quello che dissimo nel superiore § X riguardo alla misura della cauzione legale, e praticare pure le indagini necessarie alla prudenza di chi conosce la variabilità de' valori. Nel nostro sistema ipotecario non potrebbe prescindere dalle sue proprie e diligenti ricerche, perchè i pubblici registri del censo non gli fornirebbero una sufficiente indicazione, essendo la perizia censuale redatta nel solo interesse del fisco. Nel caso che si offrisse in ipoteca una casa che è soggetta ad Incendii, dovrebbe aver cura di pretendere che fosse assicurata da qualche compagnia d'assicurazione, facendosi esibire a tal uopo le prove, e pattuendo l'obbligo di conservare il contratto d'assicurazione e di provare i pagamenti dei singoli premii.

Deve con una diligenza scrupolosa e non mai soverchia rintracciare la condizione giuridica del fondo offerto in ipoteca per due motivi; l'uno per conoscere indubbiamente la condizione giuridica del fondo, l'altro, e di conseguenza, per conoscere quanta porzione del valor totale del fondo medesimo appartenga attualmente al costituente. E questa ricerca costituisce per sè sola la più grave delle difficoltà pratiche del reggime ipotecario secondo la sistemazione francese; e tutti gli sforzi de' moderni legislatori cospirarono sovratutto a scongiurarla; al che riescirono i legislatori tedeschi col loro sistema tavolare.

La proprietà come diritto non è cosa che cade sotto i sensi; ma è una facoltà metafisica dell' umana persona, è un rapporto immediato tra la persona e le cose, che si mantiene anche senza che le cose stesse ricevano alcuna modificazione. E se tale è la proprietà, sarà quindi una cosa non ovvia a conoscersi quella che noi diciamo materia e fondamento dell' ipoteca: perchè l'una e l'altra sono identiche.

Finchè noi diciamo esser valida quella ipoteca che fu concessa dal proprietario sulla proprietà immobile, non proferiamo alcun altro giudizio che un astratto e ipotetico giudizio. Ma per dire il mio debitore mi dà una valida ipoteca, debbo constatare indubbiamente s'egli sia proprieta-

rio della cosa offerlami per quel fine. Perchè il creditore possa sistemare il suo credito personale, acquietare i suoi timori sulla malafede del debitore, deve accertarsi che la cosa offerta sia suscettibile d'ipoteca in riguardo al debitore o a qualunque altra persona che me la concede. Ella è quindi una necessità fondamentale d'ogni sistema ipotecario, o di qualunque atto di sistemazione giuridica del credito di una data persona, che venga constatata la proprietà del costituente, e per conseguenza sia messa fuor di dubbio la quantità del valor economico disponibile che vi corrisponde.

Deve dunque il creditore accertarsi che il fondo offerto in ipoteca appartenga in proprietà all'offerente; e che gli appartenga nel momento che gli concede questo diritto reale; e non lo abbi invece dapprima rinunciato o alienato in tutto o in parte; perciocchè qualche ora prima può averlo venduto o donato ad altri, o messolo in società con altre persone, o distaccato il dominio diretto, ovvero il dominio utile, concesso un usufrutto, imposte delle servitù o qualche altro aggravio reale che può scemare il valore totale e apparente del medesimo.

Questi sono gravissimi e quotidiani pericoli: ma non li annoverai tutti.

Il fondo offerto in ipoteca può trovarsi sopracarico di ulteriori ipoteche o di antichi privilegi. È facile di conoscere quelli che gravitano al nome dell'attuale proprietario. Ma è altrettanto difficile di conoscere quelle ipoteche e i privilegi concessi e sussistenti a carico de' precedenti possessori; come pure di rilevare tutte le riserve o le comparlecipazioni di dominio o d'usufrutto, o le sostituzioni o condizioni che limitano a tempo o ad una parte il libero dominio dell'attual possessore. Bisogna dunque rilevare tutta la transizione storica della proprietà, da tutta quella tratta di tempo anteriore, al quale potessero risalire le limitazioni reali oggidì vigenti. Solamente coll'ajuto di queste faticose e lunghissime ricerche e schiarimenti, può il creditore, come disse Tarrible, ripromettersi di acquistare una sicura ipoteca. (1)

Di qui nasce la necessità radicale della pubblicità assoluta dei dominii e delle loro gradazioni e limitazioni reali. Vediamo come abbiano provveduto i legislatori a questa pratica urgenza.

**7.** Di questa radicale necessità dello stabilire un criterio pratico col quale si possa conoscere la condizione giuridica della proprietà fondiaria, allo scopo di accertare la base dell'ipoteca, abbiamo parlato distesamente nell'Introduzione, come d'un elemento indispensabile alla compiutezza vitale del sistema ipotecario. E nell'osservazione dello sviluppo fisiologico di quest'organismo abbiamo pure accertate le epoche e i luoghi, ove a questa necessità si diede, o non si diede affatto, o solo imperfettamente

(1) Tarrible, *Repertoire*. v. *Inscription hypothécaire* § 5, num. 9. in fin.

la conveniente ragione e sanzione, secondochè il processo dialettico della giuridica avesse avuto un più o meno libero campo d'esercizio, e insieme delle maggiori o minori determinazioni.

Ma queste cose che ivi deducemmo per la preparazione metodica del nostro soggetto, per appurare e confortare un criterio sovrano dell'eccellente tra i sistemi proposti, noi dobbiamo qui ripetere, con brevità molto maggiore, per la particolare trattazione di questo argomento.

Nel Diritto romano mancava ogni apparato pubblico, qualsiasi instituzione che somministrasse la pubblicità de' dominii. Eppure aveasi un modo di procurarla, adoperando la sistemazione comunque allora imperfettissima del censo, nel quale secondo la testimonianza di Ulpiano descriveansi *nomen fundi cujusque, et in qua civitate, et in quo pago sit, et quos duos vicinos proximos habeat: et id arvum . . . quot jugerum sit: vinea quod vites habeat.* (1). E quando pure gli antichi pensarono alla pubblicità degli atti giuridici vi provviddero in un modo o per un fine tutto diverso. Poichè Costantino per ovviare alle frodi delle donazioni, piuttostochè veramente per la pubblicità de' dominii, avea ordinato che le scritte di quella natura si deponessero negli atti giudiziali (2). Il suo successore Leone avea prescritto che si deponessero presso il maestro del censo, se avvenivano in Costantinopoli, nelle altre città presso qualunque magistrato (3); e Giustiniano conservò quella pratica per le donazioni ordinarie eccedenti la somma di 300 soldi: e riguardo alle donazioni per causa pia, per le eccedenti i 500 soldi (4).

Nei Comuni del medio evo fu ristabilito il catasto censuale da antico tempo; come ad esemplo in Milano fino dagli anni 1208-1248, riordinato poscia nel periodo decorso dal 1546 al 1568, senza essere corredato delle mappe che descrivessero geometricamente la misura territoriale, come fu praticato nel moderno censo elaborato dal 1718 in poi (5). E qual nessuna fede si attribuisse a questi pubblici registri nell'interesse della proprietà privata e delle ipoteche, lo attesta Mascardo in due parole: *dominium per catastrum seu æstimum non probatur:* e questa sua asserzione si può verificare coll'autorità di molti giureconsulti che egli, come d'ordinario, allega (6). Vedemmo nell'Introduzione come solo Venezia in Italia introducesse col libro delle notifiche questa vera pubblicità dei dominii per garantirne la certezza tra i privati (7); e come per diversa via il feudalismo preparasse la strada ai moderni sistemi tavolari (8). Vedemmo

(1) Leg. 4. Dig. *de censibus*. Questa sistemazione s'era introdotta in tutte le provincie dell'impero nelle quali si estese il *jus italicum*, come appare dallo stesso Ulpiano nelle leg. 1. 6-8. Dig. eod. tit.

(2) Leg. 25, 27. Cod. *de donationib.*

(3) Leg. 30, 32. Codice *de donation.*

(4) Leg. 34. *ed Authent*, ibi. et leg. 36. Cod. *de donationib.*

(5) Gian Rinaldo Carli, il censimento di Milano, par. 1. § 1. par. 2. § 1-4.

(6) Mascardo, *de probation.* concl. 542. n. 1. concl. 778. n. 31. Vedi tra gli altri. Menochio, *de præsum.* 63. n. 128. *de arbitrar. jud. sent.* lib. 2. *centur.* 1. cas. 110, n. 26. et segg.

(7) Introduzione, num. XII.

(8) Introduz, num. XIII.

pure come in Francia solo colle leggi del messidoro e del brumale, indi coll'ultima legge dell'anno scorso si stabilisse la pubblicità de' dominii nell'interesse ipotecario mediante la trascrizione agli ufficii ipotecarj (1): come lo stesso provvedimento si mettesse in pratica nel Ducato di Parma e Piacenza, nello Stato pontificio, nel Ducato di Modena, ed anche in Toscana, salvo che in questa provincia si prescelsero i registri censuarj (2).

E pur lamentammo che in questo nostro Regno lombardo-veneto manchiamo tuttora di alcuna provvidenza (3). Manca il sistema tavolare sul quale s'appoggia la legislazione del nostro Codice civile. Gli ufficii ipotecarj che qui esistono, servono solo alla pubblicità delle ipoteche. La stessa trascrizione che si praticava altre volte a questi ufficii, nemmeno sotto la legislazione del cessato Regno d'Italia serviva alla pubblicità generale dei dominii. Imperocchè questa pratica era ordinata allora per questi fini particolari, che non sussistono più oggidì. Ordinavasi per le donazioni, le sostituzioni e i fedecommessi (articolo 939 e seguenti, articolo 1069 e seguenti del Codice Napoleone), ma il subentrato Codice civile austriaco dispose altrimenti col suo sistema tavolare, e la Sovrana Risoluzione 6 febbrajo 1836 dichiarava che a garanzia delle disposizioni fedecommissarie la trascrizione non sia d'ufficio nè da disporsi, nè da pretendersi (4): e ben a ragione si può inferire egualmente per le donazioni e i legati, ne' quali milita la stessa ragione derogante alla cessata legislazione (5). Opinano tuttodì i francesi che pel § 834 del loro Codice civile di procedura sia necessaria la trascrizione per impedire che le ipoteche concesse dal venditore si inscrivano dopo la vendita. Ma sotto il § XXII vedremo come siffatta opinione non abbi alcun valor pratico appo di noi, e sia falsa anche presso i francesi.

La trascrizione era pur prescritta per sopperire all'inscrizione di alcuni crediti privilegiati che non sono più ammessi dalla legge vigente: quali sono quelli del venditore pel prezzo insoluto, del socio e del coerede, come vedremo sotto il vegnente § XLVII num. 10.

Era pure ordinata come pratica preparatoria al giudizio di purgazione delle ipoteche nel caso delle vendite volontarie: e noi vedremo abolita questa stessa purgazione, sotto il § LXXVII.

Era poi necessaria, e può esser cauto di conservare inscritte le trascrizioni praticate sotto il reggimento delle leggi italiche dal terzo possessore, onde contare da essa il principio della prescrizione contro le ipoteche inscritte, come vedremo sotto il successivo § LXXXI; ma questo scopo speciale della trascrizione ha nulla a che fare collo scopo generale della pubblicità dei dominii.

(1) Introduz. num. XVII, XVIII e XIX.
(2) Ibid. num. XVI e XVII.
(3) Ibid. num. XXX.
(4) Pubblicata colla Circolare dell'Appello lombardo 25 febbrajo 1836. Per il veneto vedasi la Circolare dello stesso mese citata da Degli Sforza, *dir. di pegno*, cap. 5, § 10, quest. 5, pag. 94.
(5) Degli Sforza *ibidem*.

Epperciò non è meraviglia se la Corte di giustizia di Milano colla sentenza 12 marzo 1817 interpretasse la Notificazione governativa 16 marzo 1816 in questo senso, che la trascrizione dell'acquisto non è necessaria per stabilire il trapasso della proprietà e dei diritti reali sugli immobili, ma avesse solo quegli effetti transitorii e parziali che accennammo di sopra (1).

Molto meno poi varranno a somministrare questo criterio pratico per conoscere la condizione giuridica della proprietà fondiaria i registri censuarj attualmente in vigore: perchè nessuna legge nè dei tempi antichi, nè del cessato Regno d'Italia, nè dell'odierno Impero austriaco o Regno lombardo-veneto, ha loro attribuita una simile efficacia. Possono essi esibire de' dati approssimativi, i quali se dimostrano l'utilità della pubblicità assoluta dei dominii, sono ben lontani dal supplirvi: poichè nè le risultanze loro provano la realtà del dominio; e i dominii e i relativi diritti reali non inscritti non cessano perciò d'essere efficaci tra i privati.

**8.** Manca adunque a queste nostre provincie per le precedenti legislazioni un criterio generale per conoscere la storia di tutti i trapassi successivi della proprietà. Il sistema ipotecario risente adunque in ciò un radicale e quotidiano pericolo, che la prudenza dei particolari può talvolta scongiurare, ma non sempre distruggere.

Piuttosto abbiamo in pressochè tutte le legislazioni con maggiore o minore evidenza prestabilito un metodo e un criterio parziale, col quale si possa conoscere degli attuali trasferimenti del dominio; la qual cosa se non adempie alle esigenze fondamentali del sistema ipotecario, soccorre però in qualche modo alle sue necessità più urgenti: conciosiachè la proprietà degli stabili da ipotecarsi deve apparire come appartenente al debitore, ossia a colui che costituisce l'ipoteca; e deve il creditore con questo limitato criterio invigilare che per avventura, al momento che riceve l'ipoteca, il debitore non abbi ancora acquistata la proprietà, o abbi cessato in quel momento dal possederla.

La notificazione 16 marzo 1816 dichiara che per il legittimo acquisto della proprietà sono da osservarsi i modi praticati dalle precedenti legislazioni. Vediamo quali fossero.

Le leggi romane richiedevano alla perfetta dimostrazione del dominio e delle sue mutazioni due cose a un tempo: il titolo e la tradizione. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur:* è scritto nella legge XX Cod. de pactis. *Nunquam nuda traditio transfert dominium; sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur:* così Paolo nella legge XXXI Dig. *de adquirendo rerum dominio.*

Ma molte ragioni vi sono da dubitare che la tradizione non fosse ne-

(1) Zini, Giurispr. prat. anno 1817, vol. IV. par. 1. pag. 154.

cessaria all'essenza del dominio, a compiere cioè la serie degli atti del suo acquisto; ma che talvolta anche prima della tradizione bastasse il titolo all'acquisto effettivo del medesimo. Due casi comunissimi fra gli altri v'aveano. L'uno nelle successioni, l'altro nelle comprevendite.

L'erede colla sola adizione dell'eredità acquistava il dominio degli effetti ereditarii senza la tradizione; la quale d'altronde era impossibile per parte dell'antecedente proprietario, perchè defunto, e non avea bisogno nemmeno della materiale occupazione delle cose, perchè prima di essa avea tutte le azioni reali del dominio (1). Lo stesso dicasi dei legatarj, perchè *ea quæ legantur recta via ab eo qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt* (2).

Le antiche leggi non ammettevano esplicitamente che il compratore in virtù della compravendita, perfettamente conchiusa, fosse proprietario della cosa prima che gli fosse consegnata; ma implicitamente e sotto un parziale riguardo il confessavano, avendo esse stabilito che quando la cosa venduta è messa a disposizione del compratore, il pericolo non imputabile a colpa o fatto del venditore stesse frattanto, come il vantaggio che pur ne derivasse, a tutto carico e profitto del compratore: *periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*, scrisse Giustiniano nel § 3 delle Instituzioni, *de emptione et venditione*, e mise nelle rubriche dei Digesti e del Codice, *de periculo et commodo rei venditæ*, ove molte e chiarissime decisioni confermano quel principio (3).

Dal quale è forza conchiudere che nei particolari rapporti de' contraenti, il compratore debba considerarsi come proprietario; perchè non altrimenti che a danno del proprietario perisce la cosa per caso fortuito (4): e se in quelle leggi il venditore è tenuto a nulla più che alla diligenza del commodatario, deve pur reputarsi spoglio del dominio, e trasferito nel compratore.

Ben è vero che i commentatori sono estremamente imbarazzati nel dare la derivazione di questo principio (5): ma Samuele Coccejo e Grozio, declinando la quistione dal diritto civile al naturale, ammettono che *jus in ipsam rem emptori quæsitum videatur* (6): e meglio l'incognito an-

(1) Leg. 23. Dig. *de adquir. vel omitt. possess.*

(2) Leg. 64. Dig. *de furtis.*

(3) Leg. 1, 7, 8 e segg. Dig *de periculo et commodo rei venditæ*. leg. 5. § ultimo Dig *de rescind. venditione*. leg. 31. Dig. *de action. empti*. leg. 15. Dig. *de jure dotium*. leg. 11. § 9, et segg. Dig. *quod vi aut clam*. leg. 39. Dig. *de solutionib*. leg. 1, 4, 5 e 6 Codice *de periculo et comm. rei venditæ*. Veggansi le eccezioni annoverate da Accursio sotto il § 3, verb. *statim*. Instit. *de empt. et vendit.*

(4) Arg. dalla leg. 6. Codice *de pignor. act.* e leg. 23. Dig. *de reg juris.*

(5) Veggasi le imperfette soluzioni offerte da Accursio e commentatori aj testi sovra citati: Brunneman. in leg. 1. Codice *de peric. et comm. rei vend.* Vinnio, in § 3, n. 7 e 8. Institut *de empt. et vendit.* Gomezio, *Var. Resol.* tom. 2. cap. 2. n. 32. Fabro, in Cod. lib. 4. tit. 41. def. 8. Voet, in pand. *de peric. et comm. rei vend.* n. 1. Ricberi, *Jurispr. univ.* vol. 10. § 839.

(6) Coccejo. *Jus civ. controv.* lib. 12. tit. 4. quæ. 2. e lib. 18. tit. 6. quæ. 2. Grozio, *de jure belli et pacis*. lib. 2. cap. 6. e cap. 9, n. 25.

notatore d'Oinotomo avverte: *de legis auctoritate non dubitatur (nam hoc expressissimi juris est), sed de ratione. Eum vero talem esse existimo, quod emptione perfecta, res aut species apud venditorem esse incipit, tamquam obligatum actione personali ad speciei traditionem,* DOMINIO JAM JURIS INTELLECTU IN EMPTOREM TRANSLATO, *qui ejus etiam juris respectu, rem ipsam statim sibi tradi petere potest, unde etiam is qui actionem habet ad rem, ipsam rem habere videtur* (1).

Non ripugna diffatti alla ragione che il solo consenso del venditore e del donante possa bastare al trasferimento del dominio, al pari di qualsiasi altro diritto alienabile (2): e che la libera volontà dell'uomo debba considerarsi come il primo mobile d'ogni commutazione di diritti. Essa è il vero fondamento di tutti i contratti, la sorgente delle obbligazioni, la causa prima d'ogni commercio giuridico. La tradizione e l'occupazione sono atti necessarii al materiale esercizio del dominio; senza di essi sarebbe inutile il dominio, perchè la cosa non presterebbe utilità alcuna finchè fosse posseduta dal venditore e da' terzi (3). Ma essi non sono, considerando il dominio nel punto di sua derivazione, nella sua idealità morale, un carattere essenziale e primitivo del dominio. Non è mai soverchio l'avvertire a questa distinzione, il porre attenzione alla successione degli atti, dei momenti, dei rapporti che nascono dall'origine dell'acquisto del dominio al suo acquisto definitivo ed efficace. Quello che si dice il titolo d'acquisto è sufficiente a trasferire un diritto di dominio alla cosa: questa appartiene dunque all'acquirente. La tradizione è necessaria per due scopi distinti: l'uno di sottrarre la cosa alle malversazioni del venditore e ridurla in godimento dell'acquirente (4), l'altro di torre la possibilità al venditore di alienarla ad altri (5). Nel primo rapporto non esitavano le leggi romane a riconoscere che la proprietà era trasferita nel compratore anche prima della tradizione, perchè a suo danno o vantaggio cadevano la perdita o i frutti della cosa acquistata: il venditore tenevasi nulla più e nulla meno d'un commodatario. Nel secondo rapporto, cioè in riguardo ai terzi che avessero acquistato e fattosi consegnare la cosa stessa, niegavano che al primo acquirente spettasse la proprietà della medesima; e quindi decidevano che avesse bisogno di farsi cedere dal venditore le azioni reali vendicatorie, ove fossero esperibili: *utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane,*

(1) Additio ad Oinotom. *in Institut. de empt. et vend.* § 3, *cum autem emptio*, n. 2. nota e.

(2) Tale è l'opinione del chiarissimo Schuster: trattato dell'alienazione fatta dal proprietario della stessa cosa a due diverse persone. Ediz. di Verona: Commenti sulla legislazione. aust. fasc. 13. pag. 83.

(3) Sotto questo limitato aspetto si parla della tradizione nel capo *cum Joannes, de fide istrumentor.* delle Decretali; ma non si dice altro. Senza la tradizione saria inutile il dominio: Troplong. *vente*, num. 266.

(4) Savigny, *del possesso* § 13-28. Zeiller, Comento al § 426, n. 1. Mattei, commento al § 431, n. 1. del Cod. civ. aust.

(5) Questo secondo scopo della tradizione è lucidamente espresso nel § 427, del Cod. civ. aust. colle parole: *da cui ognuno possa chiaramente conoscere che la cosa è stata trasferita ad un'altro:*

*qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est,* come decise Giustiniano nello stesso luogo delle Instituzioni (1); come decise Callistrato niegando al compratore di promuovere di suo capo la vendicatoria *antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit* (2), e Ulpiano e Celso che niegavano competergli l'azione del furto, se non gli fosse stata ceduta dal venditore (3). E non solo nei Digesti, ma anco fralle leggi del Codice si riscontrano uguali decisioni: quali quelle degli imperatori Diocleziano e Massimiano (4) e di Alessandro Severo (5), nel caso che essendo venduto uno schiavo e poscia emancipato dal venditore prima della tradizione, in confronto al manomesso, considerato come terza persona in seguito alla libertà acquistata, non poteva il compratore esercitare le azioni derivanti dal dominio. Nello stesso senso quest'ultimo legislatore rescriveva: *qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti sua interest, præstare cogetur* (6). Pressochè l'egual decisione si ha nella legge XV Codice de rei vindicatione: *quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.*

In questo doppio ordine di decisioni le idee del legislatori erano chiare: ma non accordavansi nelle parole. E le loro amfibologie fecero disperare i prammatici che fanno attenzione più volontieri alle parole che non alle cose stesse. Le difficoltà d'ermeneutica s'accrescevano poi davanti al testo della legge III Codice *de actionibus empti et venditi*, ove al compratore che arbitrariamente s'immise nel possesso del fondo, senza averne pagato il prezzo, si rifiuta il diritto di conservarsi in possesso: dal che potevasi conchiudere che al compratore non spettasse alcun diritto preciso di proprietà, ma un diritto personale *ex empto*, ad avere la cosa comperata, ma colla condizione del previo pagamento del prezzo.

Tutta la difficoltà del soggetto si riduce nel domandare, quando e per quali atti si ottenga la nozione completa del dominio. Imperocchè, come dicemmo la acquisizione efficace e definitiva di questo diritto si ottiene per una serie di atti. Dapprima per la corrispettiva promessa della cosa e del prezzo nella vendita, o la semplice promessa o il lascito della cosa nella donazione e nelle successioni; poscia la prestazione del prezzo, e della cosa. Secondochè fu solo promessa la cosa e il prezzo, o prestato l'uno e l'altra, nascono dei diversi rapporti di diritto fra i contraenti tra di loro, e in rispetto ai terzi. Le legislazioni attribuiscono la *nozione* perfetta del dominio piuttosto a questo che a quell'altro termine della serie di questi atti, e secondo questi diversi rapporti.

(1) § 3, Instit. *de empt. et vendit.*
(2) Leg. 50. Dig. *de rei vendicat.*
(3) Leg. 14. Dig. *de furtis.*
(4) Nelle leggi 11. Codice *de action. empt. et vendit.* e 27. Codice *de rei vindication.*
(5) Nella legge 3. Codice *de his qui a non dominis manumissi sunt.*
(6) Leg. 6. Cod. *de heredit. vel act. vend*

V'ha forse qualche cosa d'assoluto nelle nozioni e nei nomi?

Noi vedemmo che le leggi romane attribuissero la nozione del dominio al diritto dell'erede e del legatario tostochè l'eredità fu adita: quindi senza che la cosa lasciata fosse loro consegnata da alcuno. Non attribuiscono tale nozione al diritto del compratore, che non ha ancora ricevuta la cosa, ma *in fatto* decretando che la cosa consegnata stesse a suo pericolo, concedettero che sotto un certo aspetto, cioè nei rapporti tra i contraenti, la cosa appartenesse a colui. Non fu pagato il prezzo? il compratore non può occupare di sua autorità la cosa: dunque non ha il diritto di proprietà finchè ha il dovere di pagare il prezzo: ma pagato il prezzo, e occupata *di fatto* la cosa, ei resta il proprietario di diritto.

Con questo criterio potremmo passare in rivista le altre legislazioni, senza che dalla varietà delle nozioni professate si possa arguire alla instabilità della scienza giuridica.

Ma prima di procedere a ciò, bisogna soffermarci a dimostrare come sia necessaria la tradizione per rendere operativo il diritto di dominio in riguardo ai terzi. Tizio vendette a Cajo il fondo A, ma non diègli nè il materiale possesso del fondo, nè gli istrumenti legittimanti la derivazione del dominio, nè si fece alcuna pratica che s'assomigliasse alla tradizione. Poscia vendette lo stesso fondo a Mevio ignaro della prima vendita e lo immise effettivamente in possesso. Le leggi romane decidono essere proprietario Mevio e non Cajo. Qual'è la ragione del decidere fra due persone che vantano lo stesso sentimento del diritto, la stessa buona fede? quale de' due deve essere vittima consecrata alla perfidia del comun venditore? *In pari causa, melior est conditio possidentis* rispondono le scuole (1). Ma replica il primo compratore: è vero che ambedue comperammo dallo stesso venditore, ma colla differenza che io comperai da chi era proprietario, e l'altro comperò da chi non lo era più. Dunque le compere non furono fatte a circostanze eguali. Il secondo compratore manca di titolo, il suo possesso manca di causa, è dunque un fatto materiale che non può essere d'impedimento al mio legittimo diritto.

Al che risponde il secondo compratore: l'essere o il non essere proprietario d'una cosa può bene essere materia delle vostre premesse, quando l'esistenza del diritto reale fosse la stessa cosa che la sua apparenza esteriore. Ma nel caso nostro il sentimento del mio diritto è più forte del vostro; ed ecco come. Quando voi comperavate il fondo, il nostro venditore appalesavasi a voi come proprietario del medesimo. Quando io dopo voi comperava lo stesso fondo, lo stesso venditore appalesavasi a me come vero proprietario, perchè io, come voi, ho ispezionato i titoli della provenienza del suo dominio, ed io come voi vedendolo in possesso del fondo, credei collo stesso vostro criterio che egli fosse tuttavia il proprietario. Io ignorava della vendita che v'avea fatta: io non n'ebbi sen-

(1) Leg. 128, Dig. *de reg. juris.*

tore nè dal venditore nè da voi nè da altri. Se voi all'atto della compera vi foste messo in possesso del fondo, il venditore non mi avria potuto illudere; perchè tra l'asserito suo dominio e il fondo, io avrei incontrato voi: il vostro possesso avrebbe rotto quel legame che appariva tra la cosa e il proprietario. Col semplice titolo voi non avete acquistata la padronanza, non avete rotto quel legame, non avete impedito l'abuso del venditore. Fu dunque vostra colpa se il venditore abusò della vostra fede. Su voi solo adunque ricada la conseguenza del vostro fatto.

E di vero, il possesso e la detenzione costituiscono la dimostrazione sociale del dominio, perchè ordinariamente senza quegli atti materiali non si può esercitare la padronanza e usufruire delle cose: donde nacque quel criterio pratico, che il possessore si presume padrone, finchè non si dimostri il contrario. Questo criterio particolare fu convertito in un carattere e forma necessaria del dominio, e di tutti i diritti reali, per una evidente necessità sociale; la quale vuole impedire che il proprietario faccia un doppio uso e del suo diritto astratto di dominio, e delle cose che sono materia di esso; ad uno alienando quello, all'altro questa. La tradizione, la occupazione, la detenzione, il possesso, l'iscrizione, sono adunque la necessaria forma d'ogni diritto reale, quindi anche del dominio.

Quindi nel sistema romano sariasi deciso, come infatti lo fu, che il secondo compratore dovesse essere preferito al primo; e nella stessa maniera, se il venditore avesse concesso ipoteche, queste rimarrebbero vigenti in confronto del compratore.

**9.** L'analisi instituita sulla teorica del Diritto romano ci facilita l'intelligenza delle disposizioni del Codice civile francese che fu legge in queste provincie prima dell'attivazione dell'attuale Codice civile.

L'art. 1583 di quel Codice importa che la vendita è perfetta fralle parti e *la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore*, al momento che siasi convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. E nel precedente art. 1138 parimenti si stabilisce ne' soli rapporti fra i contraenti: l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti. Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non ne sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora della consegna; nel qual caso la cosa rimane a rischio di quest'ultimo (1). Dunque nei parziali rapporti tra venditore e compratore il semplice consenso sulla cosa e sul prezzo basta al trasferimento della proprietà (2): e le leggi francesi fecero un'ottima cosa togliendo di mezzo l'amfibologia delle leggi romane (3).

(1) Quasi l'identica disposizione si ha nell'art. 1302, dello stesso Codice.

(2) Troplong, *vente* num. 42.

(3) Troplong, ibid. num. 37 e 40, non vede che le leggi romane col principio sviluppato nei titoli *de periculo et commodo rei venditæ*, venivano appunto a questo.

Vediamo ora cosa stabilisce in rapporto ai terzi. L'art. 1141 riguarda soltanto le cose mobili, ed arreca: se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare a due persone successive è puramente mobiliare, quella fra di esse, cui ne fu dato il possesso reale, sarà all'altra preferita e resterà proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.

Anche questa disposizione sta in perfetta consonanza colle leggi romane, come abbiamo veduto. *Quid juris* delle cose immobili? Quella legge serba un assoluto silenzio, che è ben mirabile trattandosi di cosa di tanto momento, quale è il criterio per conoscere pubblicamente della proprietà fondiaria. E Gauthier, prudentissimo giureconsulto, non esita a dire che l'art. 1141 del suo Codice non sia affatto applicabile al trasferimento della proprietà delle cose immobili (1).

Il signor Troplong lamentando la mancanza del principio formulato nell'art. 26 della legge del brumale, e quindi del criterio generale conoscitivo della proprietà stabile nell'interesse del sistema ipotecario, conchiude però coll'approvare in questo silenzio la mancanza del criterio parziale onde conoscere degli attuali trapassi. Con quanta incoerenza egli propugni questo difetto, non è chi nol veda; perocchè se non è possibile il più, dobbiamo attenerci al meno, e non già sprezzare il poco pel desiderio del molto. Ma egli non comprese come la tradizione reale o simbolica della proprietà fondiaria sia un criterio conoscitivo, sebbene imperfetto, degli attuali trasferimenti del dominio. Io non mi lascio lusingare, dice egli, dalle idee del Diritto romano che fanno necessaria la tradizione alla alienazione della proprietà: idee affatto materiali, inamissibili nel sistema del Codice, che non ha articolo che accenni ad esse, e quindi esclude ogni interpretazione in contrario (2). Eppure pochi passi addietro commendava queste idee materiali in riguardo alle cose mobili: che il possesso equivalesse a titolo, quando fosse accompagnato da buona fede (3). Ei non si prende la pena di darci la ragione della differenza. L'unica ragione consiste secondo lui nel *quia dixit* del Codice. Se non che avea premesso: il diritto essere suscettibile di progresso, e mano mano che si perfeziona, spogliarsi delle forme materiali inutili, per rivestire una forma più astratta: quindi la volontà pura dell'uomo, l'elemento democratico, com'ei dice, predominare liberandosi dalla tirannia delle solennità esteriori, e dal bisogno di fatti visibili e di atti fisici: e prender forza da sè stessa, ed imporre rispetto per ciò solo che emana da libera persona: in una parola, il diritto civile associarsi alla libertà, e sanzionarla in ciò che ella ha di legittimo; questa essere la più alta perfezione del diritto (4).

È curioso assai il vedere l'avversario dichiararlo de' metafisici e dei teorici entrare in piena metafisica per combattere con una mano quello

(1) Gauthier, *subrogation*, num. 135.
(2) Troplong, *vente*, num. 44 e 46.
(3) Ibid. num. 42.
(4) Ibid. num. 40.

che avea tollerato coll' altra. Se, invece di parlare nel luogo della vendita, avesse avuto dinanzi all' immaginazione il sistema ipotecario, avrebbe egli ardito sostenere che il diritto d' ipoteca perfezionandosi si spogliava delle forme materiali per indossarne una più astratta? O invece non avria constatato come deciso progresso del diritto reale ipotecario che lo si abbi guarentito colle formalità molte, difficili e minuziose dell' iscrizione e della trascrizione? E queste formalità non sono esse materiali? E la pubblicità e la specialità dell' ipoteca non sono forse agli occhi del celebre scrittore dei privilegi e delle ipoteche un grande progresso? Or come conciliare questa legge fisiologica dal materiale all' astratto nell' argomento della proprietà, coll' altra opposta legge di perfezionamento dall' astratto alla materialità delle forme nel diritto ipotecario? Si l'uno che l'altro sono diritti reali, e interessano egualmente la società, e per la realità e obbiettività loro interessano egualmente i cittadini che hanno bisogno di vedere sulla cosa un indizio qualunque dei diritti reali. L' opinione del signor Presidente involge dunque una doppia contraddizione: l'una che collauda la tradizione nella proprietà mobile, e la rifiuta nell' immobile: l'altra che celebrando la pubblicità del sistema ipotecario, la vuole ripudiata nella proprietà fondiaria. E non solo l' erudito giureconsulto incorse in questi gravi errori di logica, ma uscì dalle riserve abituali del prammatico affascinato da uno de' più astrusi e nebulosi argomenti della metafisica moderna: di quella metafisica che a nostro subordinato giudizio non simpatizza col senso pratico della giurisprudenza e colle prime leggi metodiche della filosofia del diritto.

Quel suo magistrale aforismo che nella condizione progressiva del diritto la volontà pura dell' uomo va semprepiù sottraendosi alla tirannia, alla materialità degli atti fisici esteriori e visibili, corrisponde a capello col principio predicato da Kant a fondamento della sua Metafisica dei costumi; nella quale per stabilire la realità e la derivazione della legge morale assoluta, e non volendola ripetere nè dal cielo, come fece la Scolastica infino a Leibnitz, nè dalla terra cioè dalle leggi organiche dell' uomo e della natura, personificava la *ragione pura* astratta obbiettivandola in un essere ragionevole che non è nè Dio nè uomo, ma una astrazione d' un' *idea* incarnata con un principio attivo, la volontà; foggiando così un' essere, una sustanza composta di due elementi eterogenei, senza cercare il modo di questa composizione. A questa seconda natura inerente alla natura umana, e da essa affatto indipendente, a questa personificazione astratta, a questa *volontà pura razionale* accomodò tutta la derivazione scientifica del diritto, e costrusse un sistema il quale, per prescindere dalle leggi naturali dell' uomo, rese sterile il sussidio della storia, e fu impotente nella spiegazione degli organismi della società civile. Avvegnachè Kant foggiò quell' essere attivo e razionale, e spogliò dalle condizioni naturali ed organiche dell' uomo, per applicarvi i principii della sua ragion pratica: Troplong non considerando nel cittadino tutte

le condizioni economiche e sensibili, ma solo il carattere di *volontà pura*, ossia di attività razionale, vi accomodò la ragion pratica delle leggi civili; la quale applicazione, e della ragion pratica *a priori*, e della ragion pratica *a posteriori* e civile deve riescire incompleta: come quella che arreca la negazione delle condizioni sensibili e materiali, che costituiscono in molta parte l'organismo della società civile. Noi ammetteremo il suo principio, ma per un' esatta e vera applicazione lo rinfrancheremo con questi altri elementi. Ammetteremo che la volontà libera dell' uomo deve essere rispettabile e rispettata, ma solo quando gli atti dell'attività sua sieno rivestiti d' una forma conveniente all' economia dell'organismo sociale: e siccome questo è composto d' uomini che non sono solamente persone, ossia enti e nozioni astratte, numeri e quantità geometriche, ma esseri composti d'anima e di corpo, la cui intelligenza ha per condizione i sensi, e i cui sensi hanno d' uopo di segni fisici esteriori e visibili; e siccome ogni atto volitivo, ogni diritto, come qualsiasi legge e comando hanno mestieri di una dimostrazione, d'una prova, d'una promulgazione che li appalesino a questi esseri intelligenti e sensitivi che diciamo uomini e cittadini; e siccome a più forte ragione quando un diritto colpisce direttamente una cosa, e dicesi reale, non si può conoscere senza che, o sulla cosa stessa, o per qualsiasi altro mezzo estrinseco ci sia qualche segno che dimostri, non solo l' acquisto del diritto nella persona che lo professa (titolo), ma eziandio l' imposizione di esso sulla cosa che è il suo immediato oggetto (modo): per queste ragioni sembraci, che, senza ledere il principio astratto metafisico del rispetto dovuto al libero e puro volere dell' uomo, questo per essere legittimo, ossia praticabile in una società civile, abbi somma necessità d'essere manifestato in due maniere; l'una per ciò che riguarda il titolo d'acquisto; l' altra per constatare quell' immediato rapporto del nuovo diritto acquisito colla cosa che è l' immediata materia del medesimo, per ottenere il criterio conoscitivo necessario ai terzi; i quali senza di esso, essendo attratti dall' utilità economica della cosa stessa, o l'occuperebbero, o l' acquisterebbero da qualunque se ne millantasse proprietario, e per ignoranza della sua condizione giuridica sarebbero vittima delle false apparenze, dei raggiri, e la proprietà reale saria il più funesto flagello delle famiglie; perciocchè il giusto per essere ignoto saria sovente a conflitto coll' utile, e perciò la giustizia invece d'essere la luce della attività economica, diverrebbe una perpetua minaccia, un quotidiano pericolo, una perenne sorgente di delusioni, di litigi e di spogliazioni (1).

(1) Questa nostra opinione si trova rinfrancata dall'autorità di Zeiller, nel comento al § 380, num. 2, e da quella di Nippel, allo stesso § e numero: ove il primo dice: che per trasmutare in reale ciò che è soltanto giuridicamente possibile, richiedesi un fatto, un atto, un evento. Il solo volere non è sufficiente per sè, ma deve essere reso manifesto con un atto esterno, perchè la volontà qual semplice atto interno dell'animo non può essere conosciuta dagli altri, nè per conseguenza può servire di norma limitativa ond'essi si astengano per l' avvenire da ogni lesione dei diritti dall'acquirente conseguiti sulla cosa. E

Nè queste son cose nuove pei francesi. Odasi il dottor Humbert E che infine, dic'egli, questo Diritto naturale? Non è certo questo preteso Diritto dell'uomo anteriore alla società, questo idolo vano, che alcuni filosofi hanno invocato in mezzo alle nubi, nel tempio dell'astrazione. Il Diritto naturale *è l'ideale del Diritto positivo*, che gli uomini destinati a vivere co' loro simili e ad instruirsi cogli esempii degli avi, rintracciano colla guida della ragione e dell'esperienza, e si sforzano di realizzare ogni dì nel campo del diritto positivo. Il diritto naturale è ben alieno dal cercare l'abolizione d'ogni forma per la traslazione delle proprietà: una siffatta legislazione potrebbe convenire a intelligenze pure; ma certamente non è acconcia per le società umane. Non condurrebbe ella a sopprimere le forme delle ipoteche, delle donazioni, de' testamenti? ed essendo inesorabile la logica, a riformare i diritti di famiglia abolendo le forme dei matrimonii in nome del Diritto naturale e dell'onnipotenza della volontà? (1).

Discendendo dal punto di vista razionale, per esaminare storicamente la legislazione francese, non concederemo nemmanco al signor Troplong che il principio, che di presente propugniamo, sia inamissibile nel sistema del suo Codice civile: imperocchè, sebbene esso non dia una sola regola generale d'interpretazione, non esclude però l'impero della logica e del senso comune: il quale importa che allorquando si pone una decisione particolare, si pone insieme anche la ragione superiore che la genera e la giustifica: che posta tale ragione o principio generale, si pone insieme tutta la virtualità e le conseguenze del medesimo. Ora abbiamo veduto che in riguardo alle cose mobili il Codice francese statuì necessaria la tradizione, in riguardo al sistema ipotecario organizzò la pubblicità delle ipoteche: dunque riconobbe e sancì che nell'interesse del pubblico, e in riguardo ai terzi non basta la semplice e recondita attività della volontà umana, non basta il nudo titolo; ma comandò che questo non tenesse in faccia ai terzi ove non fosse dimostrato con un segno visibile e riconoscibile da chiunque, cioè la tradizione l'occupazione della cosa, e l'iscrizione ipotecaria. Dopo aver porto un siffatto principio, nessuna parziale disposizione arresta il deflusso naturale delle conseguenze: che cioè anche nella trasmissione della proprietà fondiaria sia necessario che le particolari transazioni, affinchè imprimano un diritto reale sugli stabili, sieno accompagnate da una dimostrazione esteriore, da un criterio, da un segno che avverta il pubblico della condizione giuridica di essa. E questo principio adottato dalle leggi romane, non solo non è in contradizione alcuna colle disposizioni contenute nel Codice civile francese, ma è richiesto onde conciliare e giustificare delle parziali disposizioni del medesimo: se pure ha valore quel principio fondamentale d'ogni

nel successivo § 425, n. 2. sviluppa in maggior dettaglio questa necessità della tradizione nell'interesse dei terzi.

(1) Art. 3. n. 36. del fasc. 5. tom. 1. della Revue *historique de droit francais de Laboulaye.*

ermeneutica, *ratio ubi est eadem, ibi debet esse eadem juris dispositio* (1).

Noi non possiamo difenderci da meraviglia nel vedere come il succilato giureconsulto asserendo non trovarsi nel Codice civile un solo articolo, che direttamente o indirettamente parli della tradizione della proprietà fondiaria nell' interesse dei terzi, poche linee addietro citasse l'articolo 1867 dello stesso Codice, nel quale, senza distinguere cosa mobile da immobile si prescrive che quando uno de' socii ha promesso di mettere in comunione la proprietà d' una cosa, se questa viene a perire prima che sia stata *realmente* conferita, ciò produce lo scioglimento della società riguardo a tutti i socii. Epperchè tale differenza? Se bastasse la sola promessa accettata, il titolo d' acquisto, perchè mai gli altri socii nel caso che la cosa fosse perita prima del reale conferimento, cioè della tradizione, non avranno a sopportare in commune la perdita, se non per la ragione, che la legge suppone che la proprietà, e quindi il pericolo di essa, non è ancora trasmessa in esso loro? Il sig. Troplong ammette che questa disposizione va intesa a questo modo, ma schiva la nostra conclusione, coll'antico vezzo di chiamarla un' eccezione che non distrugge la regola contraria (2). A questo modo si può chiudere gli occhi alla luce del sole, e rinnegando a piacimento qualunque più luminoso principio, trarre ogni sorta di conclusioni, e legittimare qualunque paradosso.

Non conchiude contro il nostro assunto che il Codice civile francese, al pari che le leggi romane, non esiga la immissione in possesso pel trasferimento della proprietà dal defunto all' erede e ai legatarj: imperocchè tale cosa è impossibile per la natura stessa del sistema delle successioni; poichè il testatore finchè è vivo aderisce tenacemente alle cose sue, e solo per una finzione introdotta non troppo anticamente nelle legislazioni (3), si pretese che i successori continuassero il possessó: e tale formalità saria inutile perchè il testatore colla morte perde il possesso, e non può più, come il venditore, consegnando od obbligando ad altri le cose sue, ingannare chicchessia: ma i terzi sapendo della morte del precedente proprietario domandano tosto del successore (4).

(1) Leg. 12. Dig. *de legibus*. § 7, del Cod. civ. aust. art. 5. Codice del Canton Ticino. art. 15. del Cod. albertino.

(2) Vente, num. 46. Notiamo però che i socii non si possono considerare come terzi, ma come contraenti e compratori per la loro parte: quindi questo art. è in perfetta antinomia coll' art. 1138 dello stesso Codice. È facile il vedere che quello che noi diciamo in proposito dell'art. 1867, è soltanto un'argomento *ad hominem*.

(3) Poichè nei primi tempi di Roma l'eredità deferivasi colla *mancipatio*.

(4) Lo stesso G. C. ibid. n. 46. si oppone un' obbiezione nell' art. 1238, che non sembrami affatto affatto sussistente. Poichè vi si dice: per pagare validamente, bisogna essere proprietario della cosa data in pagamento, e capace d'alienarla: il che significa che se uno avesse dato una cosa che non era sua, e quindi fu rivendicata dal vero proprietario, il pagamento si ha per non fatto. Non si dica qui se la cosa fu consegnata o no. La decisione dell'art. è la stessa tanto nell'un caso che nell' altro: Eppure Troplong s' affanna nel superare questa obbiezione, quasi che

Contro l'opinione negativa di Troplong, e di coloro che l'adottarono (1) oppose Jourdan (2) un robusto argomento desunto dall'articolo 1303 del Codice francese, ove si dispone, che allorquando la cosa dovuta, ma non consegnata, fosse perita, posta fuori di commercio, o perduta senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i diritti e le azioni d' indennità, se alcuna gliene compete riguardo alla medesima. Supponiamo che Tizio avesse venduto a Cajo il fondo A, e prima di consegnarlo, Martino con un possessorio sommario avesse ottenuto la conservazione d' un possesso di fatto, e Cajo volesse la cosa: potrebbe questi spiegare la vendicatoria contro Martino? No, dice quell'articolo e con esso le leggi romane sovra citate; in confronto ai terzi Cajo non è ancora proprietario prima della tradizione: per agire con quella azione ha bisogno che l'attuale proprietario gli ceda le sue azioni.

Cosa risponde Troplong a questa obbiezione? La risposta è spiccia: l' art. 1303 è una *distrazione* del legislatore: è un rimasuglio d'una vecchia teoria che voleva distruggere (3). Si può egli replicare seriamente a tali argomenti?

Preferiremo adunque la contraria opinione, che il sistema del Codice civile francese dia ragione a credere sussistente tuttavia l'antica dottrina del Diritto comune; che cioè nell' interesse dei terzi sia necessaria la tradizione vera o simbolica affinchè sia perfetta la traslazione della proprietà anche fondiaria. E tanto meglio ci rinfranchiamo in essa, che vediamo negli ultimi tempi, e con molto calore e con non minore dottrina, combattuta da uomini eminenti per autorità ed ingegno la opinione di Troplong, quali sono Hureaux in una serie d'articoli pubblicati nella *Revue du droit français et étranger*, tom. 3 e 4, Humbert in un articolo inserto nel fascicolo 3 del tom. 1 della *Revue historique de droit français et étranger* di Laboulaye.

Noteremo in fine che nell'art. 1605 dello stesso Codice civile francese si regola il modo di questa tradizione, con stabilire che il venditore adempie l'obbligazione di dimettere gli immobili, quando ha rimesso le chiavi se trattasi d'un edifizio, ovvero i documenti della proprietà venduta.

**10.** Esaminati i sistemi delle due precedenti legislazioni, la romana e la francese, vediamo più addentro nell' interpretazione della Notificazione 16 marzo 1816, incominciando dal porre i principii adottati nel Codice civile austriaco, e sviluppati con una chiarezza e precisione che non si può

l'art. dicesse che, chi è *obbligato a pagare* cioè a dare una cosa, prima di consegnarla, sia ancora proprietario, noi non vediamo nulla di ciò: se non forse che la lezione dell'art. alquanto inesatta dovea dire: è necessario essere proprietario della cosa *che si dà* (invece di *data*) in pagamento.

(1) Fra i quali Basevi, Annotaz. al § 425, n. 3. ove erra per non distinguere l'acquisto nei rapporti fra i contraenti e nei rapporti coi terzi.

(2) Thémis, tom. 5.

(3) Vente, num 46.

dire altra maggiore — § 380: non si può ottenere proprietà senza titolo e modo legale d'acquisizione. § 381: riguardo alle cose che a nessuno appartengono, il titolo consiste nella libertà connaturale a tutti di prenderne possesso. Il modo di acquistare consiste nella occupazione — § 423: le cose che hanno già un proprietario si acquistano mediatamente allorchè in modo legittimo passano dal proprietario in un altro. § 424: il titolo d'acquisto mediato si fonda nel contratto, nella disposizione pel caso di morte, nella sentenza del giudice o nella disposizione di legge. § 425: col solo titolo non si acquista la proprietà. Eccettuati i casi determinati dalla legge, la proprietà a tutti i diritti reali in genere si possono acquistare soltanto per la legittima consegna e ricevimento.

La eccezione di cui parla questa legge, è quella che riguarda le successioni e fu stabilita nel § 797: ove l'erede riceve il possesso legale, ossia fittizio, mediante il decreto d'aggiudicazione del giudice che presiedètte alla ventilazione ereditaria (1).

Così in riguardo alla permuta e alla compravendita lo stesso Codice determina come segue: § 1045: la permuta è un contratto col quale si dà una cosa per un'altra. La tradizione effettiva della cosa non è già necessaria per la essenza di questo contratto, ma pel suo adempimento, e per acquistare la proprietà. § 1053: il contratto di compra e vendita... si annovera come la permuta fra i titoli atti ad acquistare la proprietà. L'acquisto della proprietà si fà soltanto colla tradizione della cosa venduta. Infino a tanto che non sia consegnata, il venditore ne conserva la proprietà.

Il pericolo e il vantaggio della cosa permutata o venduta ma non ancora consegnata spettano al possessore se accadono prima del tempo prefinito per la consegna; come è disposto nei §§ 1047, 1050, 1051, 1061 e 1064. Ed in ciò il Codice austriaco ha derogato alle leggi romane e francesi, attribuendo esclusivamente la perfetta nozione di proprietà a tutta intera e compita la serie degli atti necessarii al pieno ed efficace esercizio di quel diritto reale. Per la qual cosa ha semplificata assai la materia, togliendo di mezzo quelle pericolose definizioni che esaminammo superiormente.

Osserva giustamente Basevi, come la Notificazione 16 marzo 1816 dichiarando inattivato in queste provincie il sistema tavolare, ossia il criterio generale per conoscere della proprietà fondiaria, non abbi punto derogato ad alcuno dei §§ citati in questo luogo, e quindi non ha distrutto quel criterio parziale del trapassi attuali della proprietà, che si ottiene mediante la tradizione (2).

Ma si dee notare altresì che in questi §§ non si pone altro che il principio generale: essere necessaria la tradizione all'acquisto del dominio. Come debba farsi questa tradizione, non si dice.

(1) Zeiller, Comento al § 425, n. 4. Basevi, Annotaz. al § 425, Amati, manuale del Cod. civ. § 425.

(2) Annotaz. al § 425.

E in questa ricerca secondaria consiste tutto l'interesse pratico di quella Notificazione: la quale dichiarando impraticabile in queste provincie il modo di tradizione degli stabili organizzato dal sistema tavolare, statuì dovessero osservarsi i modi praticati e riconosciuti dalla precedente legislazione, di conformità pure ai §§ 391 del Reg. gen. del processo civile, ed ai §§ 321, 441, 446, 481, 1468 e 1470 del Codice civile universale.

Questa legge adunque non portò alcuna innovazione e alcuna deroga al principio stabilito nei §§ che noi abbiamo testualmente citati: che anzi lo confermò presupponendolo con dire: che per stabilire il legittimo acquisto e possesso della proprietà e dei diritti reali sugli immobili si debbano osservare dei modi, che non essendo prescritti dal Codice civile per la mancanza del sistema tavolare, si determinano in essa legge, richiamandosi la pratica di quelli che si adoperavano nella precedente legislazione.

E tali modi sono appunto quelli tracciati nell'articolo 1605 del Codice francese; cioè la rimessa delle chiavi se trattasi di un edifizio, e dei documenti della proprietà alienata.

Tra questa disposizione e quella del § 427 del Codice civile austriaco si riscontra una mirabile analogia; poichè vi si legge: riguardo a quelle cose mobili che per la qualità di esse non ammettono una materiale tradizione, come i crediti, le merci che si trasportano per condotta, i fondachi od altre cose universali, la legge ne permette la tradizione per segni; la quale si fa, *se il proprietario consegna all'accettante i documenti comprovanti la proprietà, o gli strumenti pei quali l'accettante possa prendere l'esclusivo possesso della cosa*, o se alla cosa stessa si aggiunga qualche contrassegno da cui *ognuno possa chiaramente conoscere che la cosa è stata trasferita ad un altro*.

Da questa legge due principii importantissimi si inducono: l'uno che la tradizione, sebbene necessaria, deve farsi nel modo che solo è possibile colla natura della cosa: l'altro che lo scopo della tradizione vera o simbolica è di fornire il criterio conoscitivo de' trapassi della proprietà; dal che scaturisce la riprova delle nostre vedute che ci hanno guidato fin qui nella ricerca e nella giustificazione di esso criterio, come necessario alla socialità di qualunque diritto reale.

La Notificazione che esaminiamo ha dunque conservato il principio del § 425, per due ragioni: e perchè non ha abolito questo §, e perchè ha voluto che si praticassero dei modi, cioè la tradizione simbolica stabilita nell'articolo 1605 del Codice civile francese, e derivante per esatta deduzione dal principio posto nel § 427 del Codice civile austriaco, che cioè quando la tradizione effettiva non è possibile, si adopera quella tradizione simbolica che sia efficace ad avvertire in qualche modo i terzi.

Quella legge conferma viemmeglio la nostra conclusione, perchè richiamando in vigore i modi praticati dalle precedenti legislazioni, aggiunge che ciò debba essere in conformità dei §§ 391 del Reg. giudiz. e degli altri che citammo.

Ecco cosa dispone quel §: quando il reo avrà l'obbligo di cedere all'attore un bene stabile, il giudice dovrà ad istanza dell'ultimo, *disporre perchè possa conseguirne il dominio* mediante la prenotazione nei pubblici registri della sentenza o convenzione, o *in altri modi praticati per ciascun paese per l'effetto di acquistare il diritto reale*, e perchè venga posto in possesso dello stabile al medesimo aggiudicato.

Questa legge di procedura rischiara mirabilmente il senso della Notificazione in discorso. Imperocchè dall'una parte il Codice civile non avea precisamente disposto pel caso che in qualche provincia sottoposta al medesimo non fosse in vigore il sistema d'intavolazione (1). Ma il Regolamento giudiziario previde questo caso, e vi provvidde con quel §. La Notificazione 16 marzo 1816 citando questo §, e dichiarando d'uniformarvisi stabili adunque che *per conseguire il dominio* si esigga o l'iscrizione tavolare, o *altri modi equivalenti* ed idonei ad acquistare il possesso.

All'acquisto della proprietà, operativo in confronto dei terzi, si esigge adunque la tradizione vera o simbolica ne' modi dell'articolo 1605 del Codice civile francese, e secondo lo spirito del § 427 del Codice civile vigente. Però dobbiamo con molta attenzione avvertire in proposito, che, siccome la tradizione è richiesta per tutelare la buona fede dei terzi, si richiede implicitamente che il possessore che allega la seguita traslazione del dominio, debba fondarsi sulla propria buona fede: che se non avesse ignorata la precedente vendita fatta senza tradizione, non potria sostenere il suo possesso, non bastando a proteggerlo la nuda tradizione (2).

Dividono questa nostra opinione Nippel (3), Basevi (4), Liberale Beretta (5) ed Ellinger che scrive: doversi nel Regno lombardo-veneto osservare i modi indicati nei §§ 312, 427 e 428 del Codice civile (6); e specialmente poi quel valent'uomo che è Schuster nel suo opuscolo ove tratta per disteso della alienazione fatta dal proprietario della stessa cosa a due diverse persone, propugna con raro apparato di logica la necessità e l'utilità della tradizione a seconda della buona fede dei terzi (7).

Ma Basevi nell'annotazione al § 430 contraddice alla propria opinione

(1) Eccettuo i §§ 1468 e 1470, dove si contempla il caso che non ci siano i libri tavolari in qualche luogo, e per stabilire l'usucapione col § 1460 si richiede che il pretendente possieda *realmente* la cosa per 30 anni. Ma la cosa è abbastanza dubbia; comunque Nippel al § 322, n. 3. del Cod. civ. e in proposito del possesso dica che in mancanza dei pubblici libri qual diritto compete a colui che si trova in tale relazione colla cosa da esercitare sulla medesima i diritti di proprietario con esclusione degli altri.

(2) Questa opinione in riguardo alla tradizione delle cose mobili, è pure adottata da Toullier, tom. 6. n. 205. Delviocourt, tom. 3. p. 224. *in notis*. Troplong, vente num. 42

(3) Nippel Comento al § 430, n. 2. Codice civile aust. e al § 431, n. 3. ove parla del Regno lombardo-veneto.

(4) Basevi, Annotaz. al § 425, Cod. civile austriaco.

(5) Manuale sul contratto di compravendita par. 1. cap. 6. art. 1. n. 149.

(6) Manuale del Dir. civ. aust. § 431, 435.

(7) Della collezione ossia Comenti sulla legislazione austriaca: Verona 1830, fasc. XIII. pag 80 e segg.

manifestata nel § 425, e nei successivi § 431 e § 440, perciocchè dice che sia valido il posteriore acquisto di un terzo che avesse conosciuto la precedente alienazione, e avesse ricevuto la consegna della cosa. Ei s'appoggia con dire che Winivarter (1) avesse confutato logicamente il Nippel: Ma resta a sapere se l'opinione di Winiwarter sia attendibile, e se avesse confutato Nippel con qualche soda ragione. Poichè è pur notorio che la materiale e nuda tradizione non basta a trasferire il dominio, *nisi aliqua justa causa præcesserit*; senza il titolo, e senza la buona fede, è un fatto infecondo di conseguenze giuridiche.

Sembrerebbe propugnare per l'avviso contrario anche l'Amati (2); ma non si vede nè nel suo discorso, nè nell' enunciativa dei giudicati che riferisce, che quel contratto di compravendita, che egli dice bastare al trasferimento della proprietà, contenesse l'enunciativa della consegna dei documenti giustificanti la proprietà venduta, o che tale vendita si opponesse a un posteriore compratore o creditore aventi causa dallo stesso venditore, e che costoro fossero in buona fede. Quindi l'opinione sua non conclude nella soggetta materia. Sembrerebbe ostare alla nostra conclusione la sentenza 4 dicembre 1817 della Corte di giustizia di Bergamò, confermata dall'Appello lombardo colla sentenza 28 maggio 1819; la quale giudicò, che mancando il sistema tavolare basti al trasferimento della proprietà che il venditore dichiari di trasferire immediatamente nel compratore il possesso e la proprietà, e che in forza di tale contratto si verifichi senz'altro la tradizione (3). Ma anzi questo giudicato convalida la nostra conclusione, perchè nei motivi s'era ritenuto che fosse avvenuta la tradizione richiesta dal § 428 del Codice civile cioè la tradizione simbolica.

Errarono i redattori del giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, che scrissero: in mancanza del sistema tavolare, il solo titolo bastare all'acquisto della proprietà di cose immobili. (4) Errarono, dicesi, nel pretendere che questo fosse la natural conclusione dei giudicati che riferiscono, e che, ad onta di inesatte motivazioni, contenevano un fatto per cui si poteva egualmente decidere, come si decise, senza però venire a quella conclusione. Il caso era questo: nell' occasione che per la Sovrana Risoluzione 16 aprile 1839 si vendettero i beni comunali, uno dei comuni veneti riparti i beni suoi in testa ad ogni abitante. Mevio ed Ortensia cedettero a Quirino anche a guisa di contratto di sorte le loro quote: poscia fatta l'estrazione e l'assegno di esse in natura, le vendettero al nipote Carlo. Questi era cognito dell'antecedente contratto, si noti bene questa circostanza, e si immise in possesso dei lotti assegnati e venduti. Quirino domandò a Carlo il possesso di quei beni. La sentenza di prima istanza 8 maggio 1845 assolse il convenuto, pel motivo che Quirino non

(1) Diritto civ. civ. aust. tom. 2. § 121.
(2) Manuale del Cod. civ. § 451.
(3) Zini, Giurispr. prat. 1817. vol. 4. par. 1. pag. 146.
(4) Anno 1. 1845, num. 11. pag. 164.

fu proprietario perchè non ebbe mai il possesso dei beni, e che Carlo lo era perchè avente un titolo accompagnato da tradizione. Ma qui si era manomesso il concetto finale della tradizione, come necessaria cioè ad avvertire i terzi del seguito trapasso. Quirino non avea bisogno della tradizione in confronto di Carlo che ne era in altro modo avvertito. L'Appello con sentenza 24 luglio 1845 riformò quel giudicato, ma non per quella nostra osservazione, ma per l'erroneo motivo che richiamata essendo in vigore dalla Notificazione 16 marzo 1816 la precedente legislazione, appo di questa era perfetta la vendita anche senza la tradizione. E non vidde che la legge francese stabilì quel principio solamente ne' particolari rapporti tra i contraenti, ma che in riguardo ai terzi non avea punto abrogata la regola generale introdotta dalle leggi romane e dalle austriache. Il Senato lombardo-veneto con decisione 8 gennajo 1846 confermò la sentenza d'Appello: ed ancor noi l'avressimo confermata, ma col motivo che dicemmo: che cioè mancando nel secondo compratore la buona fede, non poteva invocare il principio della tradizione. E siccome il Senato lombardo-veneto non diè i motivi della sua conferma, ci è lecito ed è ragionevole il supporre che avesse ciò fatto con una sana applicazione della legge: che cioè fosse bensì in rapporto ai terzi necessaria la tradizione, quando i terzi fossero stati in buona fede, ossia avessero avuto bisogno di essa per provvedere all'indennità propria.

Il più tenace avversario della opinione da noi professata è il sig. avvocato Mattei, ne' commenti ai § 431 e 440 del Codice civile. Messosi egli in opposizione con Basevi divise seco lui l'erronea opinione che il Codice francese dicesse bastare alla trasmissione della proprietà in faccia ai terzi il semplice titolo della vendita; anzi aggiunge che la giurisprudenza francese, è fissa in questo soggetto, e per tutta prova vien citando Troplong, nel luogo appunto che noi nel numero precedente abbiamo analizzato e contradetto.

E nemmeno approveremo il modo col quale interpreta la Notificazione del 1816, la quale, richiamando l'anteriore legislazione francese, non poteva attribuirle il senso erroneo attribuitole da Basevi e da Mattei o da Troplong sulla esagerata efficacia del titolo: ma fatta anche astrazione da ciò, quest' ultima legge richiamando il § 391 del Reg. giudiz. ha manifestamente comprovata la nostra opinione, come abbiamo detto. E di minor considerazione ci sembra meritevole quell' argomento che si desume dei §§ 321 e 421 del Codice civile austriaco, ove dicendosi che la proprietà s' acquisti *unicamente* e *solamente* coll' iscrizione tavolare, vorrebbe conchiudere che dunque la legge austriaca in riguardo agli stabili non vuole altro *modo*, altro segno o surrogato di tradizione. Dato il sistema d' intavolazione, che il Codice presuppone, era ben naturale che tutta la proprietà dovesse apparire a quel solo modo: come quello che è garanzia efficace e criterio universale conoscitivo della proprietà fondiaria: ma siccome il Codice non contempla il caso che in alcuna provincia

non esista quel sistema: chè diffatti nelle provincie ereditarie aggregate all' Impero nell' epoca della promulgazione del Codice (1811) non erano comprese le provincie lombardo-venete, così non potevasi provvedere, col permettere ed ingiungere altri modi di tradizione che in alcuna parte supplissero alla pubblicità necessaria di tutti i diritti reali. Verificato poscia il caso, aggiunto all' Impero anche il Regno lombardo-veneto, venne la Notificazione in discorso a chiamare in vigore questi modi suppletorii di tradizione (1).

Con questa legge alla mano, debitamente interpretata, non sappiamo come l' avv. Mattei si persuadesse di dire che non ci ha legge che comandi la tradizione: nel che ricopia le declamazioni di Troplong, non ommettendo neppure quel suo argomento metafisico sulla perfezione storica del diritto.

Piuttosto constateremo come egli eluda la quistione dimostrando come ridicola ed inefficace la tradizione simbolica, detta volgarmente *longæ manus*, invece di limitarsi alla specie di tradizione indicata nell' articolo 1605 del Codice Napoleone e § 427 del Codice civile austriaco, cioè la consegna delle chiavi se trattasi d' un edificio, o dei documenti comprovanti la proprietà trasferita. Non trattasi qui di sapere, rispondiamo noi, se il venditore abbi trasferito la proprietà del suo fondo coll' averlo semplicemente mostrato al compratore dall' alto del campanile; ma si domanda se sia, o no, necessaria quella qualunque specie di tradizione, per cui il venditore si spogli di quei mezzi che volgarmente servono a provare od esercitare il dominio, allo scopo, come dice il suddetto § 427, che ognuno possa chiaramente conoscere che la cosa è stata trasferita a un altro (2).

Ed elude parimenti la quistione quando propone l' obbiezione, che la tradizione non sia necessaria perchè praticabile non sia sempre. Noi osserviamo frattanto che si può soventi praticarla colla rimessa de' documenti comprovanti la proprietà e degli stromenti coi quali l' acquirente possa prendere l' esclusivo possesso della cosa. Tal fiata non si potrà praticare, lo concediamo. E che perciò? vorrassi negare la virtualità d' un principio perchè non è sempre applicabile nell' ordine dei fatti?

**11.** Veniamo adesso alla applicazione di questo criterio parziale nel caso in cui si volesse considerare la efficacia d' un' ipoteca concessa quasi contemporaneamente alla vendita del fondo ipotecato; di tal guisa che na-

(1) E diffatti Zeiller, Comento al § 426, n. 2. dice che per i beni immobili la legge ha stabilito un modo di tradizione che favorisce meglio la sicurezza della proprietà e delle contrattazioni. Ora, soggiungiamo, se non è possibile il meglio, non abbraccieremo noi il meno?

(2) E difatti Winiwarter, Dir. civ. ausl. tom. 2. § 119, pag. 232, nega che stia a beneplacito delle parti di effettuare la tradizione in qualunque siasi maniera, ma solo in quel modo migliore che si può praticare secondo la natura delle cose, e dia con sicurezza a conoscere la tradizione ad altri.

sorgesse quistione se al momento della iscrizione ipotecaria il costituente della ipoteca fosse tuttavia proprietario del fondo vincolato.

Noi vedremo sotto i seguenti § XLVIII e § LVII, come nell'azione ipotecaria sia obbligato il creditore a provare questa circostanza contro del terzo possessore, come fondamento del suo diritto, della sua azione (1). Ma invece di riporre in quei luoghi la trattazione di questa importante controversia, la ragione del nostro metodo esige che qui ne parlassimo; perchè avendo qui posto il criterio conoscitivo della proprietà, non possiamo prescindere dalla sua immediata applicazione.

Il creditore dee dunque provare che il suo datore avea la proprietà del fondo ipotecato: ma basterebbe che provasse che in qualche tempo gli fosse appartenuta, per essere disobbligato dal provare che avesse continuato ad averla al tempo in cui fu costituita la ipoteca? Questa domanda riescirebbe interessante assai nel caso che l'attuale possessore pretendesse di possedere fin dal tempo e prima che il debitore avesse costituito l'ipoteca sul fondo da lui posseduto.

Marciano, nella legge 23 Dig. *de probationibus*, dice che il creditore *illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit.* Questa prova verte piuttosto sulla negazione che sulla asserzione d'un fatto: poichè dopo provato che un tempo il debitore avea acquistato il dominio, si dovrebbe escludere che al tempo dell'ipoteca non fosse più padrone: onde i prammatici opinarono: *probato dominio de præterito, videtur probatum præsenti,* fondando questa massima sulla presunzione che la proprietà si ritenga per istinto naturale del proprietario, finchè per fatti e prove positive dimostrisi la perdita di essa (2). Chi ha interesse di allegare questi fatti è il terzo possessore convenuto; e non il creditore ipotecario: ora la prova incumbe a colui che allega, non a quegli che niega un fatto, *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (3): e siccome da parte del reo convenuto tale allegazione è anche materia della sua eccezione, ne consegue che in virtù dell'adagio: *reus in exceptione fit actor,* deve provare il fondamento della sua intenzione (4).

In questo senso Neguzanzio conchiude che se il creditore provò il tempo della costituita ipoteca, e il terzo possessore non avesse provato il tempo del suo acquisto, *satis est quod ille qui probat de die, omnino certius probat, quam alius qui nihil probat* (5).

In qual modo si può dal terzo possessore provare che egli abbi acquistato il fondo prima che dall'antecedente proprietario fosse stato ipotecato?

(1) Leg. 15. § 1. Dig. *de pignorib. et hyp.*

(2) Arg. dalla legge 16. Codice *de probationib.* Mascardo, *de probat.* conclus. 550. Menochio, *de præsum.* lib. 6. præs. 62. n. 2.

(3) Leg. 23. Codice *de probation.*

(4) Leg. 9 e 19. Dig. *de probationib.* leg. 1. Dig. *de exceptionib.*

(5) *De pignorib.* par. 5. mem. 2. num. 46. Anche Zeiller professa questa dottrina nella collisione fra proprietario e possessore: Comentario al Cod. civ. ausl. § 369, num. 1.

La risposta è ovvia: nello stesso modo, diciamo, col quale si può provare qualunque altro fatto. *Proprietatis dominium, non tantum instrumento emptionis, sed et quibuscumque aliis legitimis probationibus ostenditur* (1).

Però se il terzo possessore esibisse per titolo d'acquisto una scrittura privata, che non avesse data certa anteriore all'iscrizione ipotecaria, non riescirebbe certo nel suo assunto, come dimostra copiosamente Troplong (2), ma sarebbe necessario che dimostrasse con altre prove legittime l'anteriorità del suo contratto (4). Fralle prove legittime di quest'anteriorità d'un contratto non si potrebbero escludere le testimonianze orali: varrebbe cioè un contratto di compra e vendita conchiuso verbalmente; posciachè pei §§ 861, 863 e 883 del Codice civile, fatta astrazione dal sistema tavolare che non è in vigore, non si fa differenza alcuna quanto all'efficacia legale tra il contratto verbale e il contratto per scrittura. Così fu giudicato in tesi generale presso una prima istanza colla sentenza 8 giugno 1847 e dall'Appello (lombardo?) (4).

Bisogna però avvertire che il terzo possessore non riescirebbe nella sua difesa col solo dimostrare con prove legittime la anteriorità del suo titolo d'acquisto, ma deve provare che prima dell'iscrizione ipotecaria avesse avuta eziandio la tradizione simbolica del fondo posseduto (5): perciocchè prima della tradizione, ossia prima della consegna dei documenti comprovanti la proprietà venduta non poteva avere acquistato il diritto reale di dominio che fosse opponibile a chicchesia, per ciò che abbiamo esposto superiormente.

Quindi il creditore potria opporgli che al tempo dell'iscrizione non fosse veramente proprietario, e potrebbe legittimare con ciò il proprio diritto, come quegli che avesse ricevuta l'ipoteca in tempo che il suo debitore poteva validamente in faccia ai terzi disporre della cosa che non era ancora uscita dal suo patrimonio.

Può interessare eziandio questa ricerca dell'a chi importi la prova del dominio, tra il creditore che avesse avuto l'ipoteca dal susseguente proprietario, e l'altro creditore che alcun tempo dopo avesse ottenuto e iscritta un'ipoteca da parte dell'anteriore proprietario sull'identico fondo.

È in questo proposito che Grenier raccomanda al creditore dell'acquirente di accertarsi che il suo datore, non solo sia veramente proprietario del fondo offertogli ad ipoteca, ma nel caso che avesse acquistata la pro-

(1) Alessandro Severo nella legge 4. e Diocleziano e Massimiano nella legge 12. Codice *de probationibus*, e nella leg. 10. Cod. *de rei vindicatione*.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 529-536.

(3) Vedi però trattata la stessa quistione sotto il § XXII. num. 3.

(4) Gazzetta de' Trib. di Milano an. 3. n. 53, 54: ove però nel num. 3. riferisce una sentenza contraria d'una Pretura in data 31 dicembre 1849. n. 10193.

(5) Nippel, al § 369, com. 4. lett. C. del Cod. civ. aust.

prietà per una scritta privata, dovesse vegliare acciocchè acquistasse una data certa, senza della quale non potrebbe opporre la sua anteriorità al creditore del venditore (1).

**12.** Una grave quistione può destarsi nel caso che l'iscrizione o la prenotazione ipotecaria fosse accesa presso i registri ipotecarii nel giorno istesso, in cui il fondo sottomesso fosse stato venduto ad una terza persona. Anzi parecchie quistioni nascerebbero in questo caso nelle varie contingenze dell'anteriorità del contratto di compra e vendita o di quella dell'iscrizione ipotecaria. La prima quistione sarebbe questa: varrà l'ipoteca iscritta nello stesso giorno in cui fu venduto il fondo, ma solo qualche momento dopo la vendita perfezionata colla tradizione?

Colla privata scrittura 20 giugno 1833 Antonio Binia comperò da Giuseppe Sega alcuni stabili. Questa scrittura fu vidimata nello stesso giorno alle ore 9 antimeridiane da un notajo; e nello stesso giorno i creditori del venditore fecero inscrivere delle prenotazioni ottenute dal giudice nel giorno precedente. L'acquirente citolli in giudizio per la cancellazione: e fu respinto dal tribunale di Cremona colla sentenza 7 gennajo 1835, per l'erroneo motivo che la vendita non potea fermare quelle posteriori inscrizioni se non dopo la praticata trascrizione. Ma l'Appello lombardo ammetteva appunto la domanda dell'attore colla sentenza 20 maggio 1836, opponendo alla prima istanza che per il § 443 del Codice civile austriaco colla proprietà delle cose immobili si assumono i soli pesi inerenti, che fossero inscritti nei pubblici libri. Le querelate prenotazioni non erano inscritte al tempo della vendita, il compratore non vi poteva dunque esser tenuto. La trascrizione, aggiungeva, non è pratica necessaria presso di noi, come non lo era nemmeno sotto l'impero del Codice Napoleone, per stabilire la traslazione della proprietà. Essa era solo un preambolo alla purgazione delle ipoteche nelle vendite volontarie, per gli effetti dell'art. 834 dell'abolito Codice di procedura. Ma quel metodo di purgazione fu soppiantato dalla Sovrana risoluzione 31 luglio 1820 e dalla Sovrana patente 19 giugno 1826. Per tal modo, conchiudevasi, la disposizione del § 443 del Codice civile, sussiste in tutta la sua integrità. La vendita fu perfezionata colla scritta accertata dalla vidimazione notarile, e colla tradizione simbolica dello stabile. Perfetta essendo non può al compratore nuocere un'iscrizione presa dopo il suo valido contratto. Nè vale l'opporle, come opposero i convenuti, per illazione di quanto si dispone tra più creditori ipotecarj, che gli inscritti nello stesso giorno concorrono (2); perchè qui il rapporto è diverso: trattasi del concorso tra il terzo acquirente e i creditori: e la posizione dell'acquirente è protetta dalla dispo-

(1) Grenier, *hypthèques*. n. 81. E cita il giudicato 11 marzo 1817 della real corte di Colmar, la quale stabilì che la vendita per scrittura privata non può togliere l'efficacia alle ipoteche giudiziali costituite prima della registratura di quella.

(2) Vedi nostro § XLVII. num. 13.

sizione generale del § 443 del Codice civile. Ad onta di queste buonissime argomentazioni il Senato lombardo-veneto coll' aulica decisione 27 maggio 1834 confermò la sentenza di prima istanza, e come d'ordinario non si conoscono i motivi (1).

In un' altro caso fu pur preferito il compratore anteriore d' un momento e non d' un giorno alle iscrizioni dei creditori del venditore.

Colla scrittura 21 giugno 1844 il sacerdote Cesa vendeva alcuni stabili a Giacomo Bini. Nel medesimo giorno Giuseppe Rasso otteneva e inscriveva una prenotazione su questi stabili a carico del venditore: alcuni anni dopo spiegava l' azione ipotecaria contro il compratore. La sentenza 29 dicembre 1852 di prima istanza assolvette il convenuto, stabilendo in massima che il creditore dovesse provare l' anteriorità della sua iscrizione, e constatando in fatto che fu presa qualche momento dopo la vendita, e che questa era stata fatta colla contemporanea tradizione simbolica dei documenti. L'Appello veneto confermò quel giudicato colla sentenza 18 marzo 1853 (2).

Ma ecco due altre quistioni anaologhe. Può avvenire che il compratore non fosse in grado di provare d' aver acquistato bensì nello stesso giorno, ma qualche ora avanti che il creditore si fosse presentato all'ufficio del conservatore: può avvenire anzi che egli avesse stipulato il suo contratto e acquistata la proprietà dello stabile qualche ora dopo la presa dell' inscrizione. Domandiamo quindi se in ambedue questi casi basti al compratore di stabilire il fatto d'avere acquistato nello stesso giorno in cui seguì l'inscrizione, e d'escludere ogni taccia di fraudolente connivenza col venditore, per eludere l' efficacia delle praticate inscrizioni. Quistione difficile: nella quale non possiamo penetrare che con molta cautela. Però cominciamo ad osservare: dopochè il compratore ha stabilito d'avere acquistato lo stabile nella tal giornata, e che si trova in confronto coll'ipoteca inscritta nella giornata medesima, allora nel conflitto degli interessi il possessore si accampa contro l'azione ipotecaria nell'eccezione *possideo quia possideo*; e dall'altra parte il creditore non potrebbe superare questa sua difesa se non tornando da capo a provare che in quel giorno e in confronto al compratore avesse acquistato un vero diritto reale che vincesse il di lui possesso. Quest' obbligo del creditore fu pur riconosciuto da Bartolo, secondo che riferisce Neguzanzio: *Dubitatur, si debitor obligavit rem uni; et eodem die eandem rem alteri vendidit, et non apparet de prioritate et posterioritate dictæ obligationis, et venditionis, et possessor convenitur per creditorem hypothecaria, quis habeat probare, an creditor agens prioritatem suæ obligationis, an possessor conventus prioritatem suæ emptionis? Bartolus, in legem et quæ nondum, § 1 Dig. de pignoribus, dicit quod onus probandi incumbit creditori agenti* (3).

(1) Gior. di Giurispr. prat. di Venezia, an. 6. 1853, num. 25, 26.

(2) Giorn. di Giurispr. prat. di Venezia anno 6. 1853. num. 25 e 26.

(3) Neguzant. *de pignor.* par. 6. mem. 2. num. 45.

Da questo contrasto d'interessi non potressimo altrimenti districarci se non delimitando la posizione giuridica di ciascuna parte. Il compratore acquista la proprietà dello stabile al momento preciso della stipulazione del suo contratto, quando sia accompagnata dalla tradizione reale o simbolica del fondo stesso. Egli non ha bisogno per ottenere il diritto reale di dominio di praticare alcuna iscrizione o trascrizione presso i pubblici registri, come vedemmo superiormente. Egli diviene dunque proprietario irrevocabile da quel momento.

Il creditore ipotecario al contrario non acquista un diritto reale col semplice contratto d'ipoteca. Egli deve praticarne l'inscrizione nei registri pubblici. Cosa vuol dir ciò? Per quale scopo la legge non ha voluto concedere la realità ipotecaria se non sotto condizione che l'ipoteca sia inscritta? Parecchie volte lo dissimo; chè nessun diritto reale ed immediato tra la persona e la cosa si può concedere e tollerare, ove non sia accompagnato dalla sua estrinseca e materiale dimostrazione. La tradizione, l'uso, il possesso e la inscrizione nei pubblici libri rappresentano altrettanti modi diversi di questa *notorietà pubblica*, di questa promulgazione della legge del proprietario sulle cose. Ben è vero che in riguardo alla proprietà delle cose immobili, per l'inattivazione del sistema tavolare, non ci ha questa forma perfetta di notorietà: ma dovendo noi decidere una quistione pratica, dobbiamo tener conto anche di questa imperfezione, e riconoscere che la proprietà degli stabili si trasferisce col solo consenso e colla tradizione simbolica; chè l'ipoteca non s'acquista che per l'iscrizione. Queste sono le conseguenze dell'imperfetta pubblicità del reggime francese in queste provincie conservato; ma sono circostanze di fatto, che influiscono direttamente nella proposta quistione.

Or bene; gli è appunto per cagione di questa imperfezione che il creditore ipotecario non può acquistare il diritto reale d'ipoteca nel momento che presenta le note per l'inscrizione, o nell'ora che il conservatore la pratica effettivamente nei suoi registri. Questo non può essere per la ragione appunto che i registri ipotecarj del conservatore non presentano quell'evidenza dei registri tavolari, nei quali a un batter d'occhio si vede tutta la condizione giuridica della partita fondiaria, che si vuole ipotecare. L'un creditore non potrebbe, presentandosi ai nostri registri in qualsiasi ora, conoscere le ipoteche o i trapassi, che nei registri tavolar si possono inscrivere all'atto della presentazione de' documenti relativi. Quindi la legge francese dovette disporre, che tra quei creditori, che fecero inscrivere l'ipoteca nello stesso giorno, non ci ha prelazione reale, ma tutti concorrono in pari grado (1).

La legge non concede alla loro ipoteca la prelazione, ossia l'origine reale che per riguardo all'intera giornata, cioè alla fine del giorno destinato alle operazioni dell'ufficio ipotecario. Durante quel giorno l'iscri-

(1) § XLVII. num. 13.

zione è come non fosse seguita: non ha acquistata ancora una *notorietà pubblica*, nè di fatto, nè di diritto. Non di fatto, perchè il pubblico non potea conoscerla ispezionando i pubblici registri in quel giorno; e nella nostra quistione l'acquirente non la conobbe per alcun'altra via. Non di diritto: perchè la legge stessa ha cura di togliere questa sua finzione in riguardo ai creditori ipotecarj affluenti nello stesso giorno; e la toglie perchè la notorietà di fatto è impossibile per il pubblico.

Se questa notorietà di fatto e di diritto non è data all'inscrizione nel giorno in cui fu accesa l'ipoteca, da quel giorno non conta in pregiudizio dell'acquirente ignaro di essa e non colludente col venditore: perchè quell'ipoteca, non essendo stata promulgata, non ha ancora acquistata la sanzione di diritto reale, quindi la virtù di coesistere e d'opporsi alla proprietà del successivo possessore.

Questa difficile quistione fu agitata fin'anco nell'Ateneo di Venezia nell'adunanza 7 luglio 1833. Dicea il Sig. Melenza: le regole della priorità ipotecaria fra più creditori convenire a questo caso: ma, (attenti a questo ma), ma fra il creditore ipotecario e il compratore si deve aver riguardo alla priorità dell'ora, se il compratore la prova a suo beneficio: se non la prova l'ipoteca sta, senza che il creditore provi cosa alcuna. Chi può trovare un nesso qualunque tra la premessa e la conclusione? Se il compratore prova che il suo acquisto, ha l'anteriorità d'un'ora perchè mai il creditore deve soccombere, se sta la regola ordinaria che non ci sia prelazione ipotecaria se non coll'intervallo d'un giorno? E perchè nel caso inverso che il compratore non provi l'anteriorità del suo acquisto, dovrà soffrire tutta l'ipoteca, se il creditore non potrebbe farla valere per intero contro un altro creditore inscritto nello stesso giorno, ma deve concorrere con esso senza prelazione? E poi cosa c'entra la prelazione ipotecaria fra creditore e compratore? Il diritto di dominio non è compatibile coll'ipoteca, non è conciliabile come avviene tra creditori aventi ipoteca da uno stesso debitore e nello stesso giorno. Dunque nè le premesse premettono alcun che di attendibile, nè le conclusioni concludono cosa alcuna.

Pensò diversamente l'egregio avvocato Leone Fortis, che disse compossibili questi due diritti. Eppure l'uno esclude direttamente l'altro: poichè o è vero che il compratore comperi prima che l'ipoteca fosse costituita e l'ipoteca è nulla: o è vero il contrario, e deve valere in tutto l'ipoteca. Ma l'efficacia dell'ipoteca consiste nell'inscrizione che sia pubblica: l'inscrizione non è pubblica nel giorno stesso in cui si prende: quindi per quel giorno non è iscrizione, non produce ipoteca. Non vale l'argomento dalla prelazione ipotecaria: perchè i creditori ipotecarj d'uno stesso giorno, non si possono aversi per ipotecarj tra di loro, perchè l'iscrizione non è ancor pubblica; ma concorrono perchè creditori chirografarj. Ma il creditore chirografario non conserva il suo diritto contro il compratore.

L'avvocato Consolo, che parlò secondo, sostenne che si dovesse prefe-

rire l'uno o l'altro, secondo che provasse l'anteriorità del gius quesito: ma che in difetto di questa prova il creditore non potesse pretendere di diritto alla priorità. Opinione buona nel Diritto comune antico, non nel moderno: perciocchè l'acquirente a sensi del § 443 del Codice austriaco non è tenuto alle ipoteche che non sieno inscritte, o che almeno non avesse potuto conoscere per tali, non essendogli fattibile di conoscere quelle dello stesso giorno dell'inscrizione.

L'avvocato Calucci vice-presidente di quell'Accademia disse alla sua volta, che il soggetto della disputa non meritava un grave esame. E per qual ragione? esitò nel dirlo: non meritava esame perchè era un *caso metafisico!* E che l'avvocato Calucci, è forse un meccanico, un bracciante forse? Egli vice-presidente d'un Ateneo, egli avvocato, che non vorrebbe non essere distinto tra i buoni avvocati veneziani, ha da dirci che un caso non merita esame, perchè è metafisico? Ma cosa crede lui per metafisica? Cosa crede che sia il diritto, il consenso, l'obbligo, il giusto, il vero, e tutto quanto non sia sensazione ed appetito? Invano cercherei di trovar modo d'iscusarlo: perchè troppo sconveniente mi parve alla sua suscettività accademica che lasciasse supporre che solo gli *argomenti fisici* valessero a scuotere la sua grave attenzione. E con tutto ciò millantavasi di dare al caso metafisico proposto una soluzione facile e piana! E qual soluzione dovea essere quella che non era preceduta da alcun *esame?* Pianamente e facilmente asseriva (ma non provava per nulla affatto) che si dovesse preferire il compratore, quando provasse d'aver acquistato un'ora prima dell'ipoteca: e che in mancanza di quella prova si dovesse preferire il creditore: chè al compratore e non al creditore spettasse di provare l'anteriorità del suo acquisto.

Replicava il dottor Zennari, che in dubbio dovesse essere prevalente l'atto traslativo della proprietà, e si dovesse avere riguardo a ciò che l'acquisto fosse compiuto colla tradizione; e, comunque il sig. Calucci dicesse non parergli *di grave entità* questa osservazione (1), noi aggiungeremo, senza però ripetere inutilmente ciò che abbiamo detto a difesa della nostra opinione, che il contratto d'acquisto del terzo possessore debba essere preferito all'ipoteca inscritta nello stesso giorno, quando il compratore fosse stato di buona fede.

**13.** Dobbiamo ora venire all'analisi della proprietà, in quanto ci interessa per conoscere la materia dell'ipoteca.

Però domandiamo sulle prime: si può ella analizzare sicuramente, come fosse rappresentata da una nozione così compiuta e delimitata, dalla quale si potesse ricavare tutto quanto occorre alla nostra deduzione? Io stimo che questo sia un soggetto di fortissimo dubbio. Una simile

(1) Giorn. di Giurispr. pratica di Venezia an. VI. num. 14. Gazzetta dei Trib. di Milano anno IV. 1851, num. 58-59.

nozione ci è ben somministrata dal § 354 del Codice civile, ove si dice che la proprietà sia la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altra persona della sostanza e degli utili d'una cosa. Ma questa nozione è assai poco conveniente a spiegare tutte le limitazioni e compartecipazioni reali, che tuttodì si riscontrano nel vigente Diritto civile. Perciò noi crediamo che la nozione vera è reale, che si desume dalla pratica de' giornalieri negozii, sia all'opposto eminentemente istorica e trasformata diversamente, secondo le avvicendate influenze organiche delle civili e politiche istituzioni, strettamente connessa ai destini della libertà e della personalità civile, sottomessa all'azione non solo dei contemporanei commercii, ma, più che ogni altra creazione giuridica, improntata dell'azione storica de' varii elementi da cui risulta la vita della nazione e la fisonomia dell'incivilimento.

Ella non s'appoggia esclusivamente sul nudo concetto della libertà individuale: ma come questa non è assoluta, nemmeno quella può essere indipendente dal restante mondo giuridico: anzi più che non quella conserva profonde le traccie dell'antico, e l'attualità sua non si può nè spiegare, nè dimostrare senza la deduzione storica. In qualunque momento d'una società preformata il dominio non nasce soltanto dalla spontaneità dell'individuo. Nella vecchia Europa sono rarissime o insignificanti le occasioni dell'occupazione primitiva: chè tutte le terre appartengono ad alcuno: ma dagli uni agli altri pervengono immediatamente talvolta per la libera volontà de' possessori: ma pur sovente l'arbitrio del possessore è prevenuto ed assorbito dalla legge di un'antico possessore, subordinato all'interesse collettivo d'una classe. E lo stesso possedimento materiale, e talvolta anche quello che si dice proprietà, non ottiene sempre le prerogative assolute e pure del dominio, ma è dissangnato da nuovi od antichi vincoli personali. La proprietà non è più la facoltà d'una persona, ma di più persone, di più generazioni; ella digenera fino al punto di perdere ogni sostanza vera di proprietà, in ciò che non lascia quasi al possessore che un precario, un temporaneo e caduco godimento.

Se la cosa è così, veggasi quanto interessi alla stabilità della cauzione ipotecaria di conoscere i principali caratteri di questa trasformabilità dei dominii, e di quanti inganni non saria cagione il voler credere ogni proprietà sia la liberissima ed assoluta facoltà del possessore.

Come la persona, così la libertà e la proprietà sono sottoposte nelle società civili alle esagerazioni dell'ambizione degli individui, o alla forza della conquista o al predominio politico di alcuna classe, fatta anche astrazione dalle esigenze organiche della ragion pubblica. Secondo che dall'isolata barbarie si rimonta alle società moderne travagliate da' molteplici elementi, questo concetto primitivo e semplice della proprietà si trova stemperato sovra più persone, diviso, trasformato, imbastardito, dimodochè l'osservazione non vi ravvisa più che una sfuggevole larva dell' antica sua natura.

L'agitazione politica del popolo di Roma fu sopratutto determinata dal contrasto del *jus bonitario* sopra il *quiritario*. La classe dei patrizii s'era impadronita di tutte le terre della repubblica, e coll'esoso formalismo delle leggi, e colle leggi di successione tendeva sempre a un maggior assorbimento, e col sacerdozio delle azioni civili esercitava verso la plebe quella forza di ripulsione che è naturale ad ogni organismo. Ma la plebe sudava sui campi de' patrizii, e propugnava la sua libertà e cospirava al potere nelle agitazioni del foro: il jus bonitario era, piuttosto che una legittima conquista, una passaggiera transazione. Pure in quel tempo la proprietà non soffriva che questa incertezza nella forma, ed era solo tributaria al censo della Repubblica, o divisa nelle associazioni private dei cittadini; ma dopo ciò stava tutta intera sotto la mano del possessore, ed essa, e per conseguenza l'ipoteca, non erano esposte, come avvertì Romagnosi, alle fatali scosse arretranti delle reversioni (1). Una specie simile al jus bonitario ci avea nel dominio *vectigale* o tributario: ossia la proprietà terriera delle provincie conquistate subordinata al dominio eminente dell'erario. Più tardi nacque l'altra trasformazione del gius *enfiteutico*, per il quale dopo l'alto dominio del censo, veniva un meno alto dominio nel direttario, e il godimento reale nell'utilista; la cui concessione era condizionata alle annue prestazioni, e non si poteva trasmettere nella successione contrattuale senza la prelazione e i laudemii.

Nelle evoluzioni politiche del Medio Evo la proprietà soggiacque a nuove cause dissolventi. La Chiesa distese una fittissima rete sulle terre dei privati, esercitando una specie di alto dominio colle decime o con altre pretensioni; divenne ella stessa proprietaria, e d'allora col nome di manomorta la proprietà fu fatta inatienabile nell'interesse perenne del sacerdozio. Contemporaneamente il Feudalismo si sostituì al diritto eminente del temperato governo, e s'arrogò anzi la proprietà delle persone e delle cose dei sudditi. Rallentata col tempo la sua mano di ferro, restò alla proprietà privata l'inalienabilità perpetua in suo favore, e un tributo perpetuo anche dopo che la sua potenza politica era caduta. Si esagerò il sentimento e la legittimità della libertà individuale collo spingere la facoltà del testamento, come se l'uomo fosse proprietario e concittadino sino alla consumazione dei tempi, e da indi il morente potè coi fedecommessi vincolare tutta la posterità, togliere ad essa l'essenza del dominio, cioè la facoltà di liberamente disporne.

Donde avvenne che la proprietà perdette nella generalità il suo carattere individuale: il materiale ed attuale possedimento non fu sempre un criterio distintivo dell'assoluto dominio: le convenzioni e le successioni moderne non bastano a legittimare il franco e inscindibile possesso.

Sopravvennero i tempi faustissimi della riforma civile; si distrussero le reliquie feudali, si ruppero i vincoli fedecommessarii, si redense il do-

(1) Romagnosi, *Ragion. civile delle acque. Ragion dell'opera.* § 40.

minio utile dalla sovranità del diretto; ma l'opera non fu compiuta, e nelle nostre provincie restano ancora minacciosi molti avanzi dell'antico.

I destini del sistema ipotecario sono travagliati in queste incertezze. E non solo risentono questi travagli, facilmente curabili dall'opera ristoratrice del Legislatore, ma sono pur soggetti alla naturale incertezza della proprietà quando pur fosse costituita sulla vera sua base. Imperocchè non si potranno mai torre alla proprietà presente le limitazioni e le compartecipazioni reali che nascono nell'attrito della società. La proprietà può essere comune a più individui per la loro associazione volontaria, per gli organismi delle famiglie, per le esigenze del pubblico censo: può essere distribuita per le esigenze dell'economia agraria colle servitù prediali. E di queste sue variazioni e gradazioni, in quanto interessino il destino dell'ipoteca accessoria, veniamo qui tosto a trattare.

Può essere la proprietà, relativamente al possessore e al costituente dell'ipoteca, temporanea e risolubile per parecchie cause, come dimostreremo nel § seguente.

Può essere non perfettamente acquisita nel momento che si costituisce l'ipoteca, e quindi futura per riguardo alla perfetta ed elementare sua nozione: e noi dovremo vedere nel successivo § XV se e come possa essere passibile d'ipoteca, e con quali effetti.

**14.** Quando una cosa è tuttora indivisa tra diverse persone, come potrà ciascuna di esse usare dei diritti inerenti alla proprietà?

Se tutti i consorti sono d'accordo, è scritto nel § 828 del Codice civile, rappresentano una sola persona ed hanno diritto di disporre ad arbitrio della cosa comune. Ma se non si accordano, ovvero indipendentemente da siffatto accordo, dispone la legge nello stesso § e nel seguente, che ciascuno di essi può disporre della sua porzione, vincolarla a pegno e disporne degli utili, ma solo in quanto non offenda i diritti e non intacchi le porzioni de' suoi consorti. L'imperatore Antonino avea pur proclamato questo principio col seguente rescritto. *Frater vester, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quæsivit. Unde intelligitis contractum ejus nullum præjudicium dominio vestro facere potuisse* (1). Questa decisione presuppone il principio professato da Gajo: *nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.* (2).

Qui si ricerca *a)* quale sia e da che sia determinata questa disponibilità dei beni comuni; *b)* quale sia e da che sia determinata la quota di ciascuno; *c)* se questa quota sia una quota delle cose in natura, o una quota del diritto astratto della proprietà cadente nella comunione; *d)* quali sieno finalmente gli effetti di un'ipoteca costituita dal consorte.

La legge nel § 826 dello stesso Codice opportunamente premette, che

(1) Leg. unica Cod. *si communis res.*

(2) Legge 68, Dig. *pro socio.*

a seconda dei diversi titoli da cui deriva la comunione, si determinano più particolarmente i diritti e i doveri dei consorti.

Secondochè la comproprietà è cagionata da un contratto, ovvero per le altre cause dell'eredità, del testamento o del caso fortuito, diversamente si deve sciogliere alcuna delle quistioni proposte.

Se la comunione è convenzionale, patisce un'altra distinzione secondochè è una società ordinaria o di commercio. Nella società ordinaria nessuno dei socii che non sia amministratore o che non abbi un apposito mandato può obbligare gli altri in faccia ai terzi; e ciascuno di essi è solamente tenuto per la sua porzione, così è disposto nei §§ 1201-1203 del Codice civile. Invece le obbligazioni dei membri d'una società mercantile si presumono solidali.

Nella società convenzionale in genere si deve parimenti avvertire se gli stabili o le cose conferite sieno divenuti beni comuni della società, oppure se ciascuno dei socii conservò la esclusiva proprietà particolare dei singoli.

Nella scrittura sociale può essere stato proibito a qualunque dei socii di ipotecare la sua porzione per un debito suo particolare, e ciò allo scopo di lasciare il fondo come destinato unicamente ad assumere i pesi sociali. In tal caso ciascun socio avria rinunciato alla disponibilità della sua porzione; e nel caso d'una ipoteca concessa da alcuno, questa non saria poziore alle ipoteche posteriormente concesse dalla società stessa: perchè l'investitura sociale affetta e la disponibilità del fondo in totale, e delle singole quote di ciascun dei socii.

Nello stesso modo la scrittura fondamentale della società determina la quota disponibile per ciascun socio sopra il fondo comune.

Pietro Spada, Marco Spada e Secchia collegati in una società mercantile comperarono una casa nell'anno 1804: la società loro cessò nell'anno 1817, ma colla scrittura 20 luglio 1834 convennero ad una generale liquidazione, e stabilirono che vendendosi quella casa si sarieno prelevate dal prezzo le somme dovute a ciascun socio. Nel successivo 5 dicembre 1834 il socio Marco Spada, in garanzia della dote di sua figlia, accordò un'ipoteca al di lei marito Daniele Proto sulla terza parte della casa medesima. I conjugi Proto escussero il fondo per il pagamento della dote; il fondo fu venduto. Nella graduatoria furono collocati nell'anticlasse i due socii Pietro Spada e Secchia per le somme loro dovute sul prezzo e maggiori della rispettiva terza parte. I conjugi Proto impugnarono la sentenza, asserendo essere quella dei socii una pretesa personale, e che tutt'al più non avessero diritto che alla terza parte del prezzo. Rispondevano vittoriosamente i socii essere proprietarii del prezzo, perchè il prezzo succedette in luogo della cosa; ed essere proprietarii sino alla concorrenza delle somme loro accreditate nella scrittura 20 luglio 1834, perchè questa era il fondamento e la norma della loro quota di dominio.

Ottennero costoro due sentenze favorevoli di prima istanza (23 marzo 1849 n. 687), e dell'Appello veneto (15 maggio 1850 n. 474) (1).

**15.** Indipendentemente da un contratto di società, che determini la porzione del dominio e le attribuzioni amministrative di uno dei consorti, e proibisca ai singoli di disporre ad uso esclusivo della relativa porzione, allorquando la quota medesima è di per sè determinata, per regola generale a ciascheduno è facoltativo di liberamente disporre di essa, purchè non arrechi pregiudizio, come si è detto, ai diritti degli altri.

Un bene comune prima della sua partizione appartiene a tutti e singoli i consorti, in proporzione delle rispettive quote, nella sua integrale entità, non in alcuna particella materiale. Il loro diritto di proprietà è bensì suscettibile mentalmente di divisione, ma non ha una sua materia esclusiva, perchè prima della divisione effettiva la cosa appartiene a tutti indistintamente. Quindi è che si può ipotecare od alienare soltanto la porzione ideale del diritto di proprietà, si può obbligare la propria parte *subbiettiva* che è determinata nel titolo della comunione, non la parte *obbiettiva* che prima della divisione non è ancora delineata ed assegnata (2). Dionigi Gotofredo conformente avverte: *pars pro indiviso intellectu juris cernitur magis, quam corpore aut oculis, parsque proprie est. Nam quæ pro diviso est, totum suum ac quoddam efficit: pars quæ ante fuit, nunc non est pars, sed totum* (3).

Il che fu formulato esattamente dal sig. Mattei: « è soltanto col mezzo della divisione che cessa la comproprietà e che ciascuna quota, in origine puramente ideale, si converte in materiale, costituente un ente separato, un tutto: prima della divisione ciascuno dei comproprietarii ha in ogni parte della cosa un diritto: dopo la divisione soltanto nella parte separata dal tutto (4) ».

Se si richiama qui, ciò che abbiamo testè osservato (nel num. 1 di questo §) che la materia del diritto ipotecario è piuttosto il diritto della proprietà che non la cosa stessa, si concepisce facilmente la ragione del diritto del socio che ancora prima della divisione, e prima d'avere la proprietà esclusiva su di una parte determinata della cosa comune, può vincolare una parte determinata del suo dominio.

La limitazione introdotta dalla legge in riguardo a ciò, che il socio non debba pregiudicare al diritto de' suoi consorti, non deve poi essere intesa in un senso così generale da impedire il ragionevole esercizio del suo diritto morale ed astratto di proprietario. Ma essa solamente impedisce che egli disponga d'una porzione di dominio maggiore di quella che gli è assortita

(1) Giornale di Giurisp. prat. di Venezia anno 3. 1850, num. 14. 15,

(2) Zeiller, comento al § 829, num. 3. del Codice civile; Nippel, comento al § 361, n. 3. Mattei, al § 361, num. 3. Codice civile.

(3) Dyon Gothofred. in leg. 3. § 2, Dig. *qui potior. in pign.* Arg. dalla leg. 66. § 2, Dig. *de legatis.* 2.

(4) Al § 361, Cod. civ. aust. num. 4. Nippel, allo stesso § 361. Winiwarter, Dir. civ. aust. vol. 2. § 67.

o dalle convenzioni sociali, o dalla volontà del testatore, o dalla legge: come pure impedisce che egli disponga piuttosto dell'una che dell'altra parte o cosa materiale della comunione, che prima del partaggio non è assegnata ad alcuno dei consorti.

Al contrario quella limitazione non toglie che alienata o vincolata la porzione astratta del dominio, questa alienazione e questo vincolo debba avere effetto contro chiunque, e non possa essere manomessa dalla successiva divisione. Il § 847 del Codice civile non lascia motivo alcuno di dubitare in proposito. La sola divisione d'un qualunque siasi bene comune, sta scritto in quel §, non può pregiudicare al terzo. Qualunque diritto di pegno di servitù, od altro diritto reale che gli competa, può essere esercitato dopo la divisione egualmente come prima (1).

Queste conclusioni erano state lucidamente dedotte nell'antico Diritto. *Illud tenendum est*, scrivea Gajo, *si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione postea facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso, pro parte dimidia manebit obligata* (2).

Concordemente stabilirono i giuristi: *et si post obligationem inter dictos socios*, scrive l'archimandrita del Diritto ipotecario, *dicta res communis dividatur, et unicuique ex sociis obveniat dimidia; non remanebit obligata sola dimidia, quæ obvenit illo socio qui dimidiam obligavit: sed in obligatione erit dimidia cujuslibet dimidiæ pro indiviso* (3).

Egualmente Francesco Balduino: *recte possum partem meam indivisam dare pignori; neque jus creditoris immutat divisio quæ postea fiet. Nam et si socio meo res tota adjudicaretur, creditoris hypoteca manet: ac si mihi res tota adjudicaretur, in solidum obligaretur, cum meo dominio cresceret pignus creditoris* (4).

E più partitamente il Salgado: *finge, si debitor habens rem communem cum alio socio pro indiviso, recte potest partem suam indivisam dare pignori.... Non per subsequentem divisionem inter debitorem et socium jus creditoris in aliquo immutari potest.... Nam si socio debitoris tota res in divisione adjudicata fuerit, adhuc creditori hypotheca manet.... Eodem modo ac si tota debitori adjudicata fuerit.... Quod et idem erit, quando inter debitorem et socium fuerit per partes divisa, et cuilibet pars*

(1) Nel Giornale di Giurisprudenza pratica di Venezia anno 2. 1847, num. 3. pag. 33. in applicazione di questi principii si hanno due sentenze l' una di I. istanza dal 31 maggio 1845. n. 3436, l'altra di III. del 9 settembre 1846. n. 159.

(2) Leg. 7. § fin. Dig. *quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.* (20-6.) Questo principio era presupposto a stabilito anche da Papiniano nella legge 3. § 2, Dig. *qui potiores in pignore.* Da Ulpiano nella leg. 6. § 8. Dig. *communi divid.* (10-2) dall' Imp. Alessandro nella leg. 2. Cod. *commun. divid.* (3. 37.) da Antonino, nella leg. 1. Cod. *si commun. res pign.* (8. 21.) da Diocleziano e Massimiano nella leg. 7. Cod. *commun utriusque judic.* (3. 38.) Non vediamo quindi come Foramiti, *Encicloped. legale v. Ipoteca.* pag. 172. vol. 3. abbi attribuito alla suddetta legge di Gajo un senso precisamente contrario.

(3) Negusant. *de pign.* par. 2. m. 3. n. 37.

(4) Balduin, *de pignor. et hyp.* cap. 12.

*adjudicata, puta pro dimidia, quia adhuc super parte dimidia tangente socio durabit creditoris hypotheca pro dimidia dimidiæ partis, et sic pro quarta respective ad totam rem, et pro alia quarta tenebitur debitor, cui similiter dimidia pars rei tetigit in divisione. Eo quod in qualibet dimidia est dimidia obligata pro indiviso, quæ obligatio omnes rei partes complectitur, etiam minimam, et ideo ad quemcumque ipsa res, vel rei pars transierit, semper dimidia totius vel partis translatæ remanet hypothecæ affecta; quia per factum debitoris dividentis et alienantis non tollitur jus creditoris habentis in qualibet rei parte quæsitum ex hypotheca præcedente rei indivisæ* (1).

Ciò che si dice in linea di diritto, che la divisione susseguita non pregiudica al diritto ipotecario del creditore, non sarebbe attendibile quando in linea di fatto, il creditore fosse intervenuto ed avesse acconsentito alla divisione medesima: la quale potendosi legittimamente supporre come una vendita, sarebbe applicabile in odio di esso creditore la teoria della tacita rinuncia della quale trattiamo, come a suo luogo conveniente, nel § LXXXIII.

**16.** L'erede, come qualunque altro consorte, scrive il sig. Troplong, può concedere un'ipoteca sopra i beni che egli possiede *pro indiviso*; ma quest'ipoteca è eventuale sopra i beni che gli potrebbero pervenire colla divisione. L'ipoteca conceduta per tal guisa in origine resta da ultimo fissata alla parte successivamente assegnata al debitore (2). E tale è diffatti la conseguenza che si può trarre dagli articoli 883, 1872 e 2205 del Codice Napoleone; e tale dottrina fu pure abbracciata dai compilatori del Codice albertino negli articoli 1105, 1895 e 2333, che a quelli esattamente corrispondono (3).

Ma quel dotto commentatore soggiunge: *il n'est pas juste que l'héritage de tous soit saisi pour la dette d'un seul*. Colla qual sentenza vorrebbe applaudire al principio legislativo consacrato in quegli articoli. Ma nè quell'asserzione, nè questa legge possono meritare l'approvazione della sana giurisprudenza. Noi preferiamo senz'altro il contrario sistema suggerito nel Diritto comune.

L'articolo 883 del Codice Napoleone stabilisce che « ogni coerede all'atto della divisione è reputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, o a lui pervenuti per licitazione, e che

(1) Salgado, *labyrin. credit.* par. 3. cap. 13. num. 36-41. Egualmente decidono: Merc. Merlino, *de pignor.* lib. 2. tit. 1 quæ. 36. n. 1-5, a num. 22-24. Fabro in Cod. lib. 8. tit. 11. def. 2. Voet, in pand. *quæ res pignori*, num. 3. Richeri, *Jurispr.* vol. 9. § 1390.

(2) Troplong. *des privil. et hyp.* n. 469. Bis. *vente* num. 11. 177. 207.

(3) Art. 803, 2214 e 2106. Cod. delle due Sicilie. art. 1058, 1761. Cod. parmense, articolo 1111, 1775, Cod. estense. Così pure nell'art. 76. del motuproprio toscano sui priv. e le ipoteche. Nel Cod. del Canton Ticino, che in molte cose seguì la pedata del Cod. francese, in questo si tacque, onde è a credere per argomento dell'art. 5. del medesimo, che nel silenzio segue la pratica del Diritto comune.

non abbia giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditarii ». Con questa disposizione dimostrarono i francesi legislatori di non avere considerata la virtualità del diritto di dominio, il quale ancor prima della divisione compete al socio e al coerede: e si ridussero a niegare che l'erede avesse siffatto diritto; perchè o non concedettero che siffatto diritto ad una parte ideale non ancora assegnata della cosa comune, si potesse ad altri trasmettere od obbligare, ovvero non permisero che la quota sociale passando in altrui mani conservasse la sua efficacia giuridica.

Poniamo in concreto: Tizio, Sempronio e Paolo coeredi in parti uguali sopra un fondo di 300 pertiche. Ciascunò ha diritto ad avere 100 pertiche: ma quali delle 300? Prima della divisione nessuno lo può sapere. Tizio può egli o ipotecare tutto il fondo per quella terza parte di dominio che gli si compete, ovvero, può egli ipotecare tutte le prime 100 pertiche? Egli non può ipotecare le prime 100, perchè prima della divisione sono comuni cogli altri socii. Che gli resta adunque del suo dominio, se non il diritto di disporre del dominio stesso, tal quale si trova, cioè cadente su tutto il fondo nella ragione della sua quota ereditaria? Se si dicesse che egli potesse ipotecare od alienare per la loro totalità le prime 100 pertiche, egli affretterebbe la divisione, e si arrogherebbe il diritto di prendersi quei campi che vuole: allora si potrebbe dire con Troplong che egli mette la mano sul patrimonio de' suoi coeredi, perchè veramente il patrimonio di costoro, ossia le loro rate ereditarie, cadono anche su questi campi.

Ma il Diritto comune e l'austriaco non proclamarono una così esosa dottrina; ma si è veduto che invece consacrano con tutta purezza il principio, che si può disporre della quota soggettiva di dominio, non di una parte aliquota dei beni in natura.

Ma la legge francese niega questa disponibilità al coerede debitore, se non espressamente, certo virtualmente. Imperocchè se ella dichiara che Sempronio e Paolo acquistino colla divisione la esclusiva proprietà dei campi ipotecati da Tizio, e che Tizio non abbia giammai avuto la proprietà di questi campi assegnati a coloro, implicitamente cancella da quelli ogni ipoteca anteriormente conceduta da Tizio; ipoteca che sarebbe veramente nulla se Tizio non fosse stato veramente proprietario de' medesimi. Se questa ipoteca è nulla per quella legge, bisogna indurre che la legge avesse proibito a Tizio di ipotecare quei fondi; se non li poteva ipotecare, gli è necessariamente perchè non vi avea alcun diritto di dominio.

Si prenda questa legge come meglio si vuole, ella conduce sempre a privare il coerede della disponibilità del suo diritto: or non vediamo alla nostra volta, come sia giusto di privarnelo.

Troplong non vidde al certo che siffatto articolo fosse contradditorio col dogma universale della libera disponibilità delle cose sue: non vidde come questa disponibilità conceduta dal Diritto comune al coerede sulla propria porzione ereditaria, non offendesse punto i diritti degli altri coe-

redi: perchè prima della divisione gli altri coeredi non hanno certo sul fondo ereditario alcun altro più formale diritto di quello di cui dispone il coerede debitore.

Non vidde punto come il sistema della sua legge fosse ingiusto e gravido di molti inganni: perchè se da una parte per la pubblicità dei registri ipotecarii è facile ai coeredi d'accorgersi delle ipoteche concedute dal debitore, e quindi di provvedere alla indennità propria, è però anche possibile e facile ad essi di colludere col debitore ed assegnare a sè medesimi le parti materiali ipotecate, a colui la parte non affetta, ovvero dei beni mobili; e quindi con tali assegni purgare i fondi ipotecati e fare così del creditore, inscio affatto della successiva divisione, una vittima de' loro raggiri. Per questi ovvii riguardi la legge 9 messidoro anno 3 articolo 104 avea pur stabilito questo principio: *che senza il consenso formale dei creditori ipotecarj non si possa far passare le loro ipoteche da una proprietà sull'altra: di conseguenza i cambii, le permute,* LE DIVISIONI .... *non possono produrre questo effetto* (1).

Queste considerazioni doveano dissuadere da tali avventate apologie: nè agevolmente le si possono giustificare coll'autorità di alcuni prammatici del secolo scorso (2); in proposito dei quali si può dire ciò che un antico diceva dei filosofi, che non vi è opinione tanto balorda che non sia stata da alcuno di essi encomiata.

Prima di conchiudere non possiamo tacere dell'opinione professata dalli avvocati Carozzi (3), e Giambattista Pagani (4), secondo i quali la legislazione austriaca si sarebbe attenuta in questo argomento alle massime del Codice francese. Dice Carozzi che la decisione delle leggi romane sia contraria all'equità, perchè tende a rendere deteriore la porzione del socio non pignorante contro la volontà del medesimo: ma noi gli risponderemmo collo stesso argomento, col quale rispondemmo a Troplong, e che crediamo inutile di ripetere. Assai meno attendibile è l'opinione di Pagani, il quale, lasciando da parte le ragioni inconcludenti che deduce dai §§ 536 e 537 del Codice civile, la motiverebbe in questa guisa. « Il § 847 susseguente, coll'affermare che la sola divisione d'un qualunque siasi bene comune non può pregiudicare al terzo, e che qualunque diritto reale può essere esercitato dopo la divisione egualmente come prima, sembra prestare lume al principio che pensiamo professare il legislatore austriaco, non essere cioè l'atto di divisione *attributivo* ma solamente *dichiarativo della proprietà*.

Noi non sappiamo agevolmente conciliare la prima colla seconda parte

(1) Merlin, Répert. V. *hypothèque*, *sect.* 2.

(2) Il nostro Merc. Merlin. *de pignor*. lib. 8. tit. 1. q. 36. num. 25. e segg. chiama ragionevole l'opinione del Castrense in l. *cum. it*, § *si uni* n. 4. Dig. *de transact.* conforme alla legge francese. Ma lo stesso Merlino si affretta di soggiungere: *communis tamen opinio est contra Castrensem*,

(3) Giurisprud. del Cod. civ. aust. tom. 10. del Dir. di pegno, cap. 1. num. 38.

(4) Sulla legittima, num. 452. in fine.

di questo raziocinio. Accettiamo la disposizione del § 847. La divisione d'un bene comune non pregiudica al terzo, quindi non pregiudica nemmeno al creditore ipotecario. Se si ammettesse la dottrina dei francesi, e il creditore dovesse stare alle risultanze della divisione, correria pericolo di essere pregiudicato, ma il § 847 vuole il contrario. Questa conclusione è diametralmente opposta a quella di Pagani, che deduce essere l'atto di divisione un atto meramente *dichiarativo* della proprietà. Forse che i socii provocheranno la divisione solamente per accertarsi d'essere proprietarii? Ei pare che lo sapessero avanti tempo, perchè lo stesso atto del dividersi e dell'assegnarsi le quote, suppone in loro la coscienza d'essere proprietarii. Ma egli non intese, bisogna dirlo, la fondamentale distinzione della porzione ideale *(intellectu juris)* dalla porzione affatto materiale ed oggettiva della proprietà comune. Quanto alla porzione ideale non aveano bisogno della divisione perchè fosse stabilita, essendo ella preesistente a questa: quanto alla porzione reale abbisognava che la divisione facesse un atto *attributivo* della proprietà esclusiva nel socio assegnatario; senza di che gli altri socii avrieno conservato il loro diritto ideale in qualunque parte della cosa.

Ambedue le conclusioni del sig. Pagani sono dunque erronee: ma non sappiamo nemmanco vedere tra di esse nè rapporto nè colleganza alcuna Anzi si contraddicono. Imperocchè se veramente la divisione fosse un atto dichiarativo della quota reale della cosa comune, bisognerebbe ammettere che il creditore ipotecario potrebbe essere pregiudicato, come dicemmo avvenire secondo il sistema francese, e secondo la definitiva conclusione del sig. Pagani; ma egli invece premise che il terzo non può essere pregiudicato per causa della divisione, e che qualunque diritto reale può essere esercitato dopo la divisione *egualmente come prima*. Dunque nella prima proposizione ammise che il creditore ipotecario può esperire il suo diritto reale su tutto il fondo sociale in ragione della quota ideale di proprietà: nella seconda invece disse che non lo può affatto, se non in quella parte che fosse stata *dichiarata* proprietà originaria del costituente.

**17.** I beni appartenenti ai conjugi vengono essi pure nella categoria della proprietà divisa ossia della comproprietà, perocchè il nodo conjugale arrechi, secondo la celebre definizione di Modestino, la comunione di tutte cose divine ed umane (1), e come disse Cicerone, costituisca il principio elementare di ogni associazione: *prima societas in ipso est conjugio* (2). Ma questa commistione di proprietà essendo subordinata alla singolare fisonomia della società conjugale non si presenta al nostro esame con quella semplicità di caratteri che si riscontra nelle società ordinarie. Il matrimonio si differenzia dalle altre associazioni private, secondochè

(1) Leg. 1. Dig. *de ritu nuptiarum*. Vedasi la bella spiegazione istorica di Vico, scienza nuova, lib 2. cap. della politica poetica, in fine.

(2) *De officiis*, lib. 1. cap. 16.

le legislazioni attribuiscono alla moglie una parte più o meno importante nella domestica economia e una progressiva emancipazione dalla soggezione maritale. Questa varietà però si riduce a ravvisare nella proprietà conjugale tre modi generali d'economia domestica, quali sono: il reggime dotale, il reggime della comunione, e la separazione degli interessi. A questa distinzione si aggiunga la ricerca in quali di questi modi, ovvero se in tutti la disponibilità dei beni sia assoluta o relativa od assolutamente vietata: perciocchè, secondo abbiamo rimarcato sotto il § VIII num. 13 e 14, alcune legislazioni avrebbero protetto efficacemente la donna, temperandone saggiamente l'autonomia civile: altre confondendo la sua personalità colla sua libertà morale eguagliaronla perfettamente all'uomo (1).

Esaminiamo dunque partitamente ciascuno di questi reggimi, avuto riguardo all'autonomia de' conjugi.

Il reggime della comunione dei beni può per convenzione interporsi tra i conjugi, anche per la legislazione austriaca: ma siccome questa comunione non si presume in difetto d'ogni convenzione, ma è convenzionale, rimane quindi soggetta alle regole stabilite nei §§ 1177 e 1178 del Codice civile (§ 1233 dello stesso Codice); si intende cioè limitata alla sostanza attuale, e se fu estesa anche alla sostanza futura, s'intende compresa solo quella che s'acquista in altro modo, fuorchè per titolo di eredità: a meno che anche questa non si fosse compresa coll'espressa stipulazione. I contratti di società che riguardano soltanto la sostanza presente, o soltanto la futura, non sono validi se i beni conferiti dall'una o dall'altra delle parti non sono regolarmente descritti e inventariati. Ma vi ha quest'altro di speciale nella legislazione nostra: che il § 1234 dispone che la comunione de' beni tra i conjugi s'intende *di regola* soltanto pel caso di morte, e dà al conjuge il diritto alla metà di quei beni posti reciprocamente in comunione che rimanessero dopo la morte dell'altro. Quindi possiamo trarre questo corollario, che durante la vita d'ambedue i conjugi, ciascuno possa disporre liberamente della propria parte, venderla ed anche ipotecarla, come si evince anche dalla disposizione del susseguente § 1236 dello stesso Codice civile (2). In tesi generale poi si dispone che il ma-

(1) Nel caso d'un matrimonio provveduto di qualsiasi convenzione circa ai beni, le diverse legislazioni adottarono presuntivamente alcuno di questi tre reggimi. La legge francese scelse quello della comunione de' beni (art. 1393. Cod. Nap.). Il reggime dotale fu considerato come soggetto di convenzione tacita nel Regno di Napoli (art. 1346. 1347, del Cod. delle due Sicilie), nel Ducato di Lucca (Decreto 3 marzo 1818), ed in alcuni statuti antichi italiani, tra i quali in quello di Bologna (Bossi, *de dote* cap. 7. n. 79). Ma la dissociazione degli interessi fu adottata nel Cod. Austriaco (§ 1237), nel Cod. Parmense (art. 1319), nell'estense art. 1460, nell' albertino art. 1566, e in quello del Canton Ticino art. 698. Il silenzio delle leggi romane facea adottare un simile partito agli interpreti (Menochio, *præsum.* 6. num. 19. e sogg. lib. 3. Mantica *de tac. et amb.* lib. 12. tit. 13 num. 8. e sogg. tit. 17. n. 4. 6. Fontanella *de pact. nupt. claus.* 5. glos. 7 n. 25. Bossi loc. citato. Fabro in Cod. lib. 5. tit. 7. def. 18.

(2) Zeiller, al § 1234, n. 2. Basevi allo stesso § 1234.

rito si presume procuratore legale della moglie fino a quando questa non si opponga (§ 1238, 1240 Codice civile) (1).

La stessa disponibilità dell'una e dell'altra parte de' conjugi si riscontra viemmeglio nel reggime della dissociazione, che in mancanza di qualunque speciale convenzione è adottato nel § 1237 del Codice civile.

Nel reggime dotale il marito è quegli che acquista l'esclusiva proprietà dei beni immobili, se li avesse ricevuti per un prezzo determinato e si fosse obbligato di restituire questo prezzo in danaro; ma in caso diverso si considera come un usufruttuario, e può usarne esclusivamente salva la sostanza. Questa è la precisa disposizione del § 1228 del Codice civile austriaco. Nel primo caso non v'ha dubbio che il marito possa disporre a suo libito, salvo alla moglie il suo diritto personale od ipotecario al prezzo: per la regola posta nel § 362 dello stesso Codice che colui, che è proprietario, può disporre della cosa a suo piacimento, trasferirla in altri, e quindi darla a pegno (2). La qual teoria è derivata dal Diritto romano: chè in esso il fondo dotale estimato si considerava come venduto al marito: *quotiens res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summae veluti prætii debitor efficitur. Si itaque non convenit ut soluto matrimonio restituerentur, et jure æstimatæ sunt: retinebit eas, si pecuniam sibi offerat* (3).

Ma nel Diritto romano per la legge Giulia non poteasi nemmeno in questo caso alienare e quindi ipotecare contro il consenso della moglie il fondo dotale estimato posto nelle provincie italiche; e successivamente Giustiniano estese codesta proibizione anche ai fondi situati nelle provincie (4). E siccome la moglie avea l'ipoteca legale per la dote, ad essa non poteva rinunciare: ma se il fondo dotale era inestimato, mancando il soggetto del credito personale e quindi dell'ipoteca, Giustiniano soccorse alla debolezza della donna impedendo siffatta alienazione anche col suo consenso: *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* (5).

La qual proibizione fu poscia mitigata in pratica nel senso che si potesse concedere dal giudice per le cause per le quali concedevasi l'alienazione dei beni pupillari (6). Cotale emendamento fu accolto nella legislazione francese, articolo 1554 e seguenti e articolo 1395 del Codice Na-

(1) Anche nel reggime della comunione legale de' francesi il marito è il solo amministratore e può alienare od ipotecare i beni senza l'intervento della moglie art. 1421. Cod. Napoleone.

(2) Zeiller, al § 1228, n. 3.

(3) l'Imperatore Alessandro nella leg. 5. Codice *de jure dotium*, e nelle leg. 11. Cod. *de pactis*. Così Ulpiano nella leg. 10. e leg. 16 Dig. *de jure dotium*. *Thesauro, quæst for.* lib, 3. quæst, 21. Bossi, *de dote*, cap. 8. n. 70. Fabro in Cod. lib. 5. tit. 7. def. 43. Covarruvias, *pract. quæ*. cap. 28. n. 1.

(4) Institut. tit. *quibus alienare licet*, in princ. Paulus, *Sentent.* lib. 2. tit. 21. § 2, leg. 77. § 5, Dig. *de legatis*. 2. leg. 16. Dig. *de milit. testam*. leg. 4. Dig. *de fundo dotali*. leg. 42. Dig. *de usurpationibus*. leg. 1. Cod. *de fundo dotali*.

(5) Leg. unic. § 15, Codice *de rei uxor. actione*.

(6) Fabro in Codice lib. 5. tit. 15. def. 1

poleone (1), nella piemontese (art. 1535 e seguenti del Codice albertino), nella siciliana (articolo 1367 e seguenti, articolo 1349 del Codice delle due Sicilie); nella parmigiana (art. 1345, 1347 e seguenti del Codice civile); in quella del Ducato di Modena (articolo 1428 e seguenti del Codice estense).

Queste due proibizioni riguardanti la rinuncia all'ipoteca assicuratrice della dote, e l'alienazione del fondo dotale inestimato, sono pure due salutari provvedimenti resi necessarii dalla condizione eccezionale della donna, siccome avvertimmo di sopra (2).

Ma nella legislazione nostra non v'ha nulla di ciò. Il fondo dotale estimato passa in proprietà del marito, almeno quando ci sia una pattuizione abbastanza esplicita (3), ed egli come proprietario ne ha la disponibilità assoluta. Se il fondo assegnato in dote non venne stimato, ossia fu riservato in dominio della moglie, al marito non ne resta che l'usufrutto; e non ci ha dubbio che la moglie possa alienarlo od ipotecarlo, purchè sia salvo al marito il suo diritto, e tanto meglio il potrebbe, e il potrebbe anche in riguardo all'usufrutto, quando il marito vi acconsentisse.

Ma se il marito si oppone? Ei lo potrebbe solo in quanto ha il diritto all'usufrutto, ma non potrebbe impedire l'alienazione della nuda proprietà. Basevi ammette che il fondo dotale inestimato possa essere prenotato dai creditori della moglie; ma dubita che il marito possa conservare l'usufrutto in faccia ai terzi acquirenti o creditori, dubitando che l'usufrutto sia un diritto reale per non essere inscritto nei pubblici libri in difetto del sistema tavolare, anzi suggerendo a cautela che si pratichi un'iscrizione nei registri ipotecarj per il valore approssimativo di esso (4). Ma noi non vediamo alcuna ragione di tal dubbio. Nel provvisorio stato in cui ci troviamo, l'usufrutto è diritto reale comunque non inscritto in qualsiasi registro: tanto varrebbe il dire che in mancanza del sistema tavolare non ci sia nè diritto di proprietà, nè di eredità, nè di servitù. Ma la Notificazione governativa 16 marzo 1816 all'articolo 6 esplicitamente determina che « finchè non sieno attuati i registri d'intavolazione, o non sia altrimenti disposto per l'acquisto del possesso e della proprietà ed altri diritti reali, continuano ad osservarsi i modi praticati e riconosciuti nella precedente legislazione... Perciò non si impedisce affatto che l'usufrutto sia per sè stesso un diritto reale (5): anzi vedemmo nell'articolo 2118 del Codice Napoleone come l'usufrutto, perchè diritto reale, possa essere materia d'ipoteca. Nella precedente legislazione non era soggetto ad iscrizione che l'ipoteca: tutti gli altri diritti reali consistevano come tali senza alcun sistema di pubblica dimostrazione: e ciò che praticavasi in questo riguardo nel cessato Regno d'Italia, non fu punto immutato nel Regno lombardo-veneto.

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 639.
(2) § VIII, n. 13 e 14.
(3) Basevi al § 1228. del Codice civ.
(4) Annotaz. al § 1228, del Cod. civ.
(5) Che l'usufrutto sia un diritto reale anche nella legislazione italica si viene dall'art. 621. del Cod. Nap. E di massime in tutte le legislazioni l'usufrutto è essenzialmente un diritto reale: solo variano nel modo della sua costituzione.

Soggiunge l'illustre commentatore che questo suo dnbbio sia motivato dall'oscillazione de'giudicati. E non vediamo nemmen questo: non vedemmo che un sol giudicato, che come noi stabiliva che una servitù reale si costituisce e si conserva in questo Regno senza bisogno d'iscrizione nei libri Ipotecarj o censuali (1).

Che se una tale oscillazione ci fosse, non ci saria da far le meraviglie maggiori di quelle che noi facciamo della peritanza di un versato cultore del diritto patrio, quale è Basevi, che non ardisce in ciò di profferire un'opinione, che ci tragga fuori dall'imbarazzo dell'empirismo colla franchezza del sciolto ragionamento.

**18.** In altri modi può esercitarsi il diritto di proprietà sopra una medesima cosa da più persone insieme, oltre quello dell'associazione volontaria o della comunione conjugale. Come nell'ordine della personalità e della libertà all'autonomia individuale si sovrappone un ordine morale, che è o la ragion civile o la ragion particolare di qualche corpo politico: il medesimo avviene nella proprietà privata, la cui assolutezza è modificata da alcun'ordine economico superiore, od anco talvolta la proprietà d'una persona è assoggettata alla padronanza d'un altra persona. Questi due ordini diversi di proprietà, che si riflettono sopra una medesima cosa, sono rappresentati dall'antica distinzione del dominio pieno in *diretto* ed *utile*.

In quanto la proprietà privata cade nella sfera dell'interesse economico dello Stato, questo interesse, che costituisce un diritto maestatico, si dice *dominio eminente*, che ha per sua materia tutti i beni situati nel territorio dello Stato.

In quanto la proprietà privata oltre a questa sudditanza è sottoposta al superiore dominio d'una classe o d'un altra persona, nasce il dominio *feudale* e l'*enfiteutico*, colla stessa distinzione di dominio *diretto* e di dominio *utile*.

Tal altra fiata la proprietà privata appartiene a più persone, ma colla distinzione d'un temporaneo e successivo godimento, determinato e regolato stabilmente, come avviene nelle *sostituzioni* e nei *fedecommessi*.

Noi tratteremo a parte di tutte queste specie di compartecipazione alla proprietà: ma frattanto vediamo delle due categorie più generali: la proprietà *diretta* e la proprietà *utile*.

Il dominio diretto, in quanto è dominio, può fornire materia d'ipoteca (2); e in genere, come è stabilito nel § 1127 del Codice civile, i diritti del proprietario diretto e dell'utile in ciò convengono, che ciascuno può disporre della sua parte, in quanto non vengano con ciò lesi i diritti dell'altro. Quindi pel seguente § 1128, l'uno e l'altro ha diritto di

(1) Beretta, Giorn. di Giurispr. prat. di Venezia sentenza 4 maggio 1848 n. 5625. di I. istanza, confermata da'Tribunali superiori — anno 3. 1850- n. 1

(2) Bachovio, *de pignor*. lib. 2. cap. 2. num. 9.

sottomettere a pegno la propria parte, e colui, che pretendesse una limitazione di questo diritto, deve provarla per mezzo di atti relativi, delle scritture d'investitura o di altri documenti.

Giovi pure aver presente l'assioma legale consacrato nel § 1138 dello stesso Codice: « in generale il proprietario utile non può in altri trasferire un diritto maggiore di quello che egli ha: il diritto quindi dell'acquirente si estingue col cessare del diritto dell'*alienante* ».

Vediamo ora l'applicazione di questi principii alle singole specie di dominio meno pieno.

Non è del nostro instituto, ma sibbene del Diritto pubblico il determinare le prerogative del dominio eminente, e la pratica del medesimo circa i prestiti, i debiti e le garanzie pubbliche (1).

In riguardo ai feudi, una ben scarsa applicazione vi otterrebbe la dottrina ipotecaria, perchè nel Regno lombardo-veneto si trovano stremati e ridotti a insignificanti reliquie (2). Nelle antiche leggi feudali, tuttavia vigenti, l'investito non poteva ipotecare i beni feudali senza il consenso del suo signore (3). Però ne'feudi *improprii*, simili ai convenzionali, e in quelli conceduti col titolo *pro se et suis et quibus dederit*, si riteneva altrimenti (4).

Proibita l'alienazione e l'ipoteca del feudo, era tollerata la concessione del godimento, il pegno e il sequestro dei frutti, ossia delle commodità del medesimo in proporzione del godimento che compete all'investito per la sua persona e durante la sua vita (5).

La materia delle enfiteusi al contrario non può essere presso di noi d'una più considerevole e quotidiana trattazione: perciocchè la proprietà fondiaria delle provincie lombarde e venete è per una gran parte divisa a questo modo. Per il che domandiamo: sarà ipotecabile il diretto e l'utile dominio dell'enfiteusi? Il Codice civile coi succitati §§ 1127, 1128, e 1138 lo permette, e in termini abbastanza espliciti e formali da eliminare ogni dubbio, almeno come tesi generale, e colla doppia limitazione che la

(1) Fu perciò stabilito nell'art. 2168, alinea 5. del Codice albertino che sono suscettibili d'ipoteca le rendite dello Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico.

(2) Il sig. Jacini, nel trattato della proprietà fondiaria in Lombardia, ne annovera settanta ma anche secondo lui di poco rilievo, e molta parte di essi investiti sopra il Monte lombardo-veneto. Veggasi la dissertazione del D. Giosaf. Rotondi in calce all' Ellinger. man. del Diritto civ. aust. § 359.

(3) Feudorum, lib. 2, tit. 55. *de prohib. feudi alienation.* ove Federico Imperatore inserì una sua costituzione. Fu giudicato però colla sentenza dell'Appello lombardo 8 aprile 1842. e colla decisione 21 novembre 1842 del Senato lomb. veneto, in riforma della sentenza 29 maggio 1841 del Tribunal di Mantova, nella causa agitata tra l'eredità del marchese Nicola Gazzoldo e monsignor Pietro Vaccario, nullo un pignoramento giudiziale ottenuto sopra beni soggetti a un feudo imperiale oblato: Gazzetta de'Tribunali di Milano, anno 3. 1853. n. 81. 82.

(4) Gothofred. Dyon, *in notis* a quella costitus. Voet, in Dig. *quæ res pignori*, num. 1. Iul. Claro, lib. 4. *sentent.* § *feudum.* quæ. 31. num. 8.

(5) Neguzant. *de pignor.* par. 2. men. 2. num. 48. Mantica, *de tacit. et amb.* lib. XI. tit. 4. num. 25.

disposizione dell'uno fra i due padroni, non nuoccia al diritto dell'altro; e che la facoltà dell'utilista non sia specialmente delimitata nell'investitura. E vi si stabilisce eziandio con ciò questa presunzione favorevole all'utilista, ch'egli possa cioè validamente vincolare la proprietà utile, e il creditore che ricevette l'ipoteca rimanga protetto con essa, finchè il direttario non provi alla sua volta questa originaria limitazione e proibizione. Così nell'antica giurisprudenza non esitavasi per argomento dalla legge XXXI Dig. *de pignoribus et hypothecis* ad ammettere tutte queste conclusioni (1). E la legislazione italiana contemporanea stabilisce questo principio generalissimo: essere capace d'ipoteca il dominio utile, e il dominio diretto nell'enfiteusi: come si ha nell'articolo 449 e 1690 del Codice napoletano, nell'articolo 2168 del Codice parmense, nell'articolo 2168 del Codice albertino, nell' articolo 2159 del Codice estense, e nell' articolo 104 del regolamento legislativo di Gregorio XVI, ove più particolarmente si dispone che sono capaci d'ipoteca il dominio utile ed il dominio diretto, *e ciascuno separatamente;* nell' articolo 4 del motu-proprio toscano sulle ipoteche, nel quale sono eziandio suscettibili d' ipoteca, oltre le enfiteusi, le locazioni a lungo tempo.

Nel Codice Napoleone non si parla punto nè poco dell'enfiteusi, e neppure di quelle preesistenti dall'antico. Per la qual cosa i giureconsulti posteriori trattarono del nostro tema con grave discordia d'opinioni. Fra gli altri Grenier e Delvincourt da una parte, Persil, Duranton e Troplong dall'altra: niegò il primo che l'utile dominio dell'enfiteuta sia passibile d'ipoteca, perchè non vuol riconoscere alcun dominio in costui, ma solo *un godimento* a titolo d'enfiteusi, in poco dissimile da quello degli affitti ordinarii (2), e molto da meno che non sia l'usufrutto, che è pur diritto reale ipotecabile (3). Troplong al contrario paragonò l' enfiteusi all'usufrutto in quanto che l'uno e l'altro risulta da *une aliénation temporaire du domaine utile* (4). Questa sua definizione però è specialissima nel Diritto francese, e sarebbe falsa nel Diritto comune, secondo il quale l' enfiteusi che il più delle volte è perpetua. Valasco, quell'aureo trattatista di questa materia, non esita nel dire che di natura sia appunto perpetua: *quod omnis contractus et quo transfertur dominium, censetur esse perpetuus, nisi aliud contrahentes egerint* (5). Però Trop-

(1) Bartolo, Baldo e Paolo Castrense, n 3. in leg. *tutor*. 16. § ult. Dig. *de pignor. action*. Noguzant, *de pignor*. par. 2. mem. 2. n. 28. Mantica, *de tacit. et ambig. conv*. lib. XI, tit. 4 n. 24 e 25. Marc. Burgius, *de laudim*. par. 2. *inspect*. 17. num. 3. Iul. Clarus. lib. 4. *Sententiar*. § *Emphyteusis*. quæ, 18. Fachinæus, *controvers*. lib. 3. cap. 98. Hotoman, in Dig. *de pignorib. et hyp*. Corbulo. *de jur. emphyt*. cap. 14. limit. 33. in princ. Amio. *de jure emphyt*. quæ. 14. Marc. Merlin. *de pignor*. lib. 2. tit. 1. quæst. 8. n. 7. Fulgineo, *de jure emphyt*. tit. *de renunciatione*. quæ. 3, n. 2. tit. *de alienatione*, quæ. 1. n. 238. et segg. Borsari, il più elegante scrittore patrio, da Romagnosi in poi; *Contratto d'enfiteusi* par. 1. tit. 4 § 332, e par. 2. tit. 2. § XI, Chiesi, sist. ipot. n. 71 e 567.

(2) Grenier, hyp. num. 143.

(3) Grenier, hyp. num. 324.

(4) Troplong, *des priv. et hyp*. num. 405.

(5) Valasco portoghese, *thesaurus. jur. emphyt*. quæst. 1. num. 12.

long, la dice temporanea per una legge del dicembre 1790, che la limitò a soli 99 anni (1). E prescindendo da ciò, Troplong ottimamente conviene con noi nel dire che l'enfiteusi sia vero dominio che è sottomesso ai pubblici aggravii, e sia quindi capace d'ipoteche, e come tale fosse stato riconosciuto nell'articolo 6 della legge del brumale, e dai moderni giudicati, e più specialmente da una legge positiva emanata il 10 gennajo 1824 espressa in questi termini: l'enfiteuta ha la facoltà d'alienare il suo diritto, e d'ipotecarlo e d'aggravarlo di servitù per il tempo che durerà il suo godimento (2). Però null'altro si soggiunge pel direttario, e pel caso che sia proibita l'alienabilità e l'ipoteca all'utilista, e circa la presunzione favorevole alla libertà del possessore.

In questo proposito può accadere presso di noi che si disputi per occasione d'un'ipoteca concessa sotto il reggime delle leggi italiche sopra il dominio utile d'un'enfiteusi costituita parimenti sotto l'impero del Codice Napoleone, il quale fu in vigore in queste provincie quando appartenevano al cessato Regno d'Italia. La qual quistione viene ad essere agitata oggidì dal sig. Luigi Chiesi nel volume terzo del suo sistema ipotecario, e può essere di palpitante attualità anche presso di noi; perchè parecchie sono le enfiteusi concesse in quel tempo, e parecchie di esse si costituirono sotto il nome di locazione ereditaria, e parecchie ipoteche si presero prima della promulgazione del Codice civile austriaco, e sulla validità di queste può sorgere oggidì quistione, come intaccabili d'una nullità originaria.

Il sullodato sig. Chiesi, nel volume primo di quel suo dottissimo trattato pareva che avesse eliminato ogni dubbio in proposito, affermando che le enfiteusi costituite sotto il Codice francese potessero sussistere efficaci, in modo che l'utilista potesse benissimo sottoporre ad ipoteca l'utile dominio, e non si potesse punto parificarlo al conduttore, secondo la sentenza di Grenier; imperocchè disse che questo assunto fosse *non sostenibile e contrario* alla natura del contratto d'enfiteusi; nè dal silenzio mantenuto da quel Codice nell'articolo 2118 rispetto all'enfiteusi si potrebbe dedurre essere per legge l'enfiteusi incapace dell'onere dell'ipoteca; e che solamente quest'argomento sarebbe di peso, quando l'enfiteusi fosse della stessa natura dell'usufrutto, perchè allora potrebbe il Grenier invocare l'assioma *inclusio unius est exclusio alterius*.... L'articolo 2118, soggiunge, non fa espressa menzione dell'enfiteusi, perchè questa è già compresa sotto la categoria dei beni immobiliari contemplati nella prima parte del detto articolo, spettando incontrastabilmente all'enfiteuta il dominio utile sull'immobile livellario. *È dunque a tenersi*, conchiude, *che anche secondo le massime del Codice Napoleone l'enfiteusi è capace d'i-*

(1) Troplong. *louage*, n. 50.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 405. La legge è citata *in notis.* ibid. e in calce al trattato delle ipoteche di Grenier, edizione di Bruxelles del 1854.

*poteca e di privilegio* (1). E nel numero seguente conchiude nello stesso senso anche in prò del direttario e delle ipoteche da essolui concedute sul diretto dominio; e queste sono le sue precise parole: « se il dominio utile può essere suscettivo d'ipoteca e di privilegio, sarà pure di questi oneri capace il dominio diretto. Imperocchè il dominio diretto è un dominio vero, in ricognizione del quale l'enfiteuta è tenuto al pagamento di un'annua prestazione, e all'adempimento di altri obblighi » (2).

E noi pure siamo convenuti in quest'opinione, e conveniamo anche nella specialità del caso proposto.

Ma quel dottissimo giureconsullo rinvieno ora sopra questo medesimo tema nel volume terzo del suo trattato, e sostiene precisamente il contrario, dicendo che siffatta enfiteusi sia doppiamente inconciliabile coi principii del Codice Napoleone. Sarebbe primieramente inconciliabile in questo che, importando l'enfiteusi una divisione di proprietà tra il direttario e l'utilista, essa non è contemplata nelle categorie generali di quel Codice, presso del quale non ci ha che un genere solo di proprietà, cioè la piena ed assoluta. Ma noi non vediamo come si possa legittimamente conchiudere a questo modo, come si possa ravvisare una contraddizione tra il silenzio della legge positiva e la liceità implicita ossia la legittimità naturale del contratto d'enfiteusi. Egli accusa una seconda contraddizione in ciò che l'enfiteusi è perpetua, e l'articolo 530 del Codice Napoleone stabilisce che qualunque rendita perpetua contratta in corrispettività del prezzo d'un immobile venduto, o come condizione della cessione di beni immobili, sia essenzialmente redimibile (3). Sia pur incontrastabile e generale questa disposizione; ma noi non ne vediamo l'applicabilità al nostro caso: perchè essenzialmente differiscono tra di loro la rendita e l'enfiteusi, anche per la letterale disposizione di quell'articolo, nel quale si legge: qualunque rendita perpetua *stabilita in corrispettività del prezzo d'un immobile venduto*, o come condizione della cessione di beni immobili ... è essenzialmente redimibile. Questa corrispettività del prezzo è pure un prezzo, un credito, un credito personale, è un diritto di ricupera, od altro, ma non è il dominio diretto di cui parliamo. Questo articolo allude piuttosto alle due specie di censo reservativo e consegnativo che non all'enfiteusi. E se pur v'alludesse, cosa ne consegue? che l'enfiteusi non possa per essa essere perpetua, ma redimibile a favore dell'utilista. Ma e che perciò? L'enfiteusi cesserà forse d'essere enfiteusi? La perpetuità non è carattere sostanziale dell'enfiteusi, è solo un attributo naturale: ella può essere temporanea. Lo stesso Valasco che testè abbiamo citato, lo dice espressamente: *licet inquam ea sit hujusce contractus primæva natura, potest tamen ad vitam concedentis, seu ad duas vel tres generationes concedi .... nec ideo desinet esse vera emphyteusis* (4). Noi

(1) Chiesi, sistema ipotec. vol. 1. num. 72. pag. 74.

(2) Id. ibid. num. 73.

(3) Chiesi *sist. ipotec.* vol 3. num. 578.

(4) Valasco, *thesaur. jur. emphyt.* quæ. 1. n. 12.

ciascuno può disporre de' proprii diritti, il direttario può alienare ed ipotecare il suo diretto dominio, l'utilista può alienare ed ipotecare il suo dominio utile. O in altri termini, l'utilista può cedere ed ipotecare l'utilità del suo contratto.

Ma si oppone, è capace d'ipoteca solo la proprietà e la cosa immobile, non questa utilità. No: rispondiamo noi. Può ipotecare una cosa immobile colui che ne può o in quanto possa in qualchè modo disporre. L'utilista può disporre dell'utilità del suo contratto? L'abbiamo stabilito. Per questo contratto può godere del fondo? Lo può, se il contratto non è una menzogna: Se egli lo vende, il compratore può egli godere del fondo come un suo successor singolare? Quando il contratto d'enfiteusi non lo proibisce, lo può, per quella naturale facoltà di disporre delle cose proprie. Può dunque ipotecarlo, ossia permetterne la vendita giudiziale nel caso che non pagasse i suoi debiti (1).

Di conseguenza cade la distinzione di quel giureconsulto, il quale vorrebbe che se l'enfiteusi è perpetua si risolva in una rendita, ossia in un censo redimibile, pel quale la proprietà intera resta nelle mani del livellario, quindi il direttario non possa disporre per ipoteca del suo diritto, come creditore d'un diritto personale: se l'enfiteusi è temporaria, si risolva in una locazione: quindi l'utilista non possa come il conduttore disporre del fondo, come ogni altro conduttore (2). Noi diciamo esser vana quella distinzione, perchè assorbita e contradetta da quel nostro principio, che può disporre per ipoteca d'una cosa ognuno che possa in qualche modo disporre dell'utilità sua.

Replicherà taluno, che per questo nostro principio potrà concedere ipoteche anche il conduttore semplice o il conduttore ereditario sul fondo locato. Nell'idealità del sistema ipotecario noi non vediamo che ciò non possa avvenire. Cosa accada praticamente è ciò che veniamo a vedere.

Pel Diritto austriaco, cioè per il § 1122 del nostro Codice civile, la locazione ereditaria si fa eguale all'enfiteusi in questo, che nel definir quella attribuisce al conduttore un dominio utile. Se è dominio è dunque ipotecabile. Ma per riguardo al conduttore semplice la cosa è diversa: in quanto che il contratto d'affitto semplice non è manutenibile nelle vendite giudiziali esecutive (§ 1121 dello stesso Codice). Dunque la utilità di questo contratto non è nemmeno conservabile per tutta la durata contrattuale dell'affitto, ma cessa appena che i creditori del locatore esercitano l'esecuzione sullo stabile affittato. Dunque nell'interesse della disponibilità ipotecaria l'utilità dell'affitto è troppo subalterna e caduca, perchè possa mettersi a paro delle altre affettazioni ipotecarie.

Ma non è altrettanto agevole il rispondere per le altre legislazioni. Solo la legge ipotecaria di Toscana nell'articolo 4, dichiara immobile, oltre il diretto e l'utile dominio, anche le locazioni a lungo tempo: quindi com'ogni altro immobile sono passibili d'ipoteca.

(1) Nel seguente § XV faremo con molti esempii manifesta questa estensione che qui diamo al concetto di proprietà come materia dell'ipoteca.

(2) Chiesi, ibid. num. 578 e 579.

Il Codice albertino nell'articolo 2168 permette l'ipoteca solamente sulle enfiteusi anteriori alla sua promulgazione. Delle enfiteusi posteriori non ne parla se non nell'articolo 406, ove dichiara immobile il diretto e l'utile dominio, ne' quali ella si divide. Delle locazioni ereditarie non parla.

La legge francese non parla nè delle locazioni nè delle enfiteusi, quanto alla loro suscettibilità d'essere ipotecate. Solo negli ultimi tempi si sentì la necessità di riconoscerle, perchè nel progetto Vatimesnil (articolo 2110) si permise che si ipotecassero l'enfiteusi e la colonia senza pregiudizio del locatore (1). Eppure la semplice locazione pel Codice Napoleone si saria potuto ipotecare, perchè il conduttore in base al contratto autentico e di data certa poteva persistere nel fondo locato per tutto il periodo contrattuale (2). Ma all'imbarazzante formalismo di quel Codice, non una ragione veramente legislativa si oppone. In quantochè materia dell'ipoteca non può darsi che in ciò che si dice *immobile*. E tra gli immobili non è annoverata la colonia: ma sibbene alcuni diritti reali sì, come la proprietà: alcuni diritti reali no, come le servitù prediali.

Noi non possiamo perciò lasciarci imporre da questa aritmetica di nozioni affatto materiali. A noi basti di constatare la liceità dell'enfiteusi a termini del diritto razionale, la sua utilità nell'ordine economico, quindi, per inevitabile corollario, la suscettibilità giuridica della sua parziale mobilizzazione mediante l'ipoteca.

Lo stesso preopinante ci concede d'altronde, che un'utilità vera e reale possa provenire da questo contratto; anzi dee provenire, perchè senza un evidente utilità mancherebbe la causa motiva d'ogni contratto. Ma il suo giudizio si trova prevenuto da un errore metodico che egli commette in questi termini espliciti. « Se i vantaggi derivanti da un contratto possono essere una giusta causa movente il legislatore a mantenerlo in vigore, non possono però mai autorizzare il giureconsulto, interprete e non autore della legge, ad accordargli quella sanzione che il legislatore non gli ha concessa » (3). Errore capitale, diciamo. E bisognerà forse che l'attività economica de' privati per esercitarsi liberamente nelle crescenti industrie, nelle sempre più larghe associazioni, nelle nuove combinazioni d'interessi, aspetti che il legislatore gli tracci diligentemente il cammino, i modi, le forme, i limiti, e lo scopo? O non invece la giuridica e la legislazione lasciano liberissima l'imaginazione inventiva e l'attività de' privati interessi, e solo s'interpongono in caso d'inevitabile collisione? Delle due: o la legge deve sostituirsi all'attività privata, o solo la modera nel caso d'evidente necessità, cioè quando sia necessaria la conciliazione de' privati interessi, e degli interessi individuali col ben pubblico. Chi vorrà sostenere il primo supposto? E se l'opera della legge è solo moderatrice e conciliatrice, perchè si impedirà ciò che è utile e non offende il giusto, l'interesse altrui, e il pubblico bene? Ciò che è utile, ed

(1) Chiesi, *sist. ipot.* num. 588.

(2) § V. num, 11.

(3) Chiesi, ibid. pag. 102.

è possibile senza il pregiudizio altrui, e non offende o la morale o la pubblica ragione, è per sè stesso un diritto, e costituisce una delle tesi fondamentali della giuridica (1). La nobile missione di quest'arte non s'appoggia soltanto sopra i nudi e parziali aforismi di questo o di quell'altro Codice; ma da natura è destinata a proteggere la libertà e l'attività umana, ogni volta che s'esercitano compatibilmente coll'idealismo del Diritto civile vigente. Il giureconsulto non è in ciò legislatore, ma semplice giureconsulto che riconosce ed applica una legge fondamentale della natura umana. Guai se le umane industrie funzionare non potessero giuridicamente per una propria spontaneità, ma dovessero aspettare la parola d'ordine del legislatore. Di qual immensa responsabilità non sarebbe caricato il legislatore civile, vindice non autore delle leggi di natura?

**19.** Che si dirà delle enfiteusi nelle quali non è lasciato all'utilista la libera disponibilità della sua parte di dominio? Che si dirà delle ipoteche concesse sopra un dominio utile, limitato in tal guisa, e che venne poscia consolidato nel diretto?

Nell'investitura enfiteutica può essere espressamente proibita all'utilista l'alienazione del suo dominio: ovvero lo può essere tacitamente, se la investitura è a titolo *pro se et suis heredibus*, o a titolo pazzionalo *ex pacto et providentia*, quando cioè sono chiamati i figli e i discendenti dell'utilista: ovvero anche nelle enfiteusi temporali.

Nel primo caso della espressa proibizione d'alienare, si intende che sia proibito anche di sottomettere la cosa ad ipoteca, e sottomessa che fosse, l'ipoteca cadrebbe coll'estinguersi dell'utile dominio (2).

Le enfiteusi *pro se et heredibus* certo è che senza il consenso del direttario si possono alienare per contratto a persone che non siano eredi, ed in pregiudizio degli eredi (3); quindi non si possono nemmeno ipotecare: ma se vi intervenisse il consenso del direttario, i prammatici reputano tanto nella nuova che nell'enfiteusi antica, che si possano alienare e ipotecare in pregiudizio dei successibili (4).

*Moventur*, dice Valasco (*ut intelligo*) *quia cum feudum vel emphyteusis sint hereditaria, filius ea consequi non potest, nisi sit hæres. Porro hæres facto defuncti patris contraire non potest, l. cum a matre. Cod. de rei*

(1) Introduz. num. XV.

(2) Card. De Luca. *de credit.* disc. 14. n. 3. Harprect, *addit. ad Clarum, sent.* lib. 4. § *emphyt.* quæst. 18. num. 7. Andr. Gail. lib. 2. *observ.* 15. n. 9. Corbulo, *de jure emph.* cap. 14. limit. 33. M. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 8. n. 27. Fulgineo, *de jure emphy.* tit. *de renuncial.* quæ. 3. n. 5. 11. e tit. *de alienat.* quæ. 1. num. 242. Borsari, *contr. d'enfiteusi*, par. 1. tit. 4. § 334.

(3) Claro, *sentent.* ibid quæ. 28, num. 4.

(4) Valasco, *de jur. emph.* q. 49. n. 3 et *hæc crebior videtur sententia*, dic'egli. Alexand. cons. 28. n. 12. lib. 5. Paris, cons. 16. num. 43. e segg. lib. 1. cons. 2. n. 30. lib. 1. Iaso consil. 86, col. fin. vers. 2. *respondetur quod illa decisio*, lib. 3. Afflict. *decis.* 112. n. 3. dec. 138. in fin. et 240. n. 11. Ruyn, consil. 1. num. 13. lib. 1. Curti, *de feudis*, 4. par. num. 132. Covarruvias, lib. 2. resolut. cap. 18, n. 2. 4. Andr. Alciato, cons. 160. num. 13.

*vindicat* (1). Eccettua però il caso in cui il figlio non sia erede beneficiario: ma soggiunge tosto, che l'inventario salva l'erede nelle cose sue, non dall'obbligo generico di rispettare il fatto del defunto.

Nelle enfiteusi pazzionale, siccome i figli e discendenti hanno un gius quesito all'utile dominio, così questo non potria essere distratto (2), nè ipotecato in loro pregiudizio (3).

Nella stessa guisa se l'enfiteusi è temporale, cioè limitata a un tempo determinato, o a un certo numero di generazioni, l'ipoteca concessa dall'utilista non produrrebbe l'effetto che venduta la cosa dal creditore, il compratore la potesse ritenere a scapito del direttario (4). Oppure ritornata la cosa al direttario, perchè così era stabilito nella investitura, la cosa ritorna scevra dalle ipoteche: non però quando il direttario avesse ricuperata la cosa per un posteriore contratto; perchè allora non saria a considerarsi qual direttario, ma qual successore singolare dell'utilista, e saria quindi tenuto all'ipoteca. A questa è conforme la dottrina di Antonello ove dice: *ratio differentiæ est, quia primo casu dominus directus a se ipso causam habere dicitur, cum tale jus domino detur jure dominii: secundo casu causam habet ab ipso emphyteuta... illique succedit* (5).

Le superiori decisioni non sarebbero attendibili, e il direttario saria tenuto all'azione ipotecaria dei creditori dell'utilista, nel caso che si fossero verificate delle migliorie (6); e tanto più poi se l'ipoteca fosse stata presa per sovvenzioni che erano indicate nell'investitura stessa, e fatte a carico del direttario o del chiamato (7).

L'utilista d'un'enfiteusi inalienabile, o *pro se et heredibus* o *ex pacto et providentia*, per analogia di quanto dispone la legge del § 632 del Codice civile austriaco in riguardo ai fedecommessi, può ipotecare i beni enfiteutici all'effetto soltanto che l'ipoteca valga per quella parte di frutti che egli ha diritto di percepire, ma non riguardo ai beni o a quei frutti che spettano al successore: *quatenus bona*, insegna il cardinale De-Luca, *de quorum commoditate agitur, perseverent in dominio et possessione debitoris, vel ejus hereditatis; secus autem, ubi cum legitimo titulo translativo dominii, cum assensu domini, bona exierunt a do-*

(1) Afflict. in constit. Neapol. lib. 3. rub. 5, n. 3. et in d. *decis.* 240. n. 11.

(2) Sardo, *decis.* 286. n. 3-11. Iul. Claro *sentent.* § *Emphy.* quæ. 28. num. 4. Valasco, *de jur. emphyt.* quæ. 49. num. 6. Fulgino, *de jur emphy.*, tit. *de renuncial.* quæ. 3. n. 4.

(3) M. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 8. num. 29. dice in genere che apposta la proibizione d'alienare *non potest creditor a vocatis in investitura non heredibus debitoris petere solutionem ultra, ex causa etiam damnorum et interesse.*

(4) Claro, *sentent.* § *Emphyt.* quæ. 28. n. 2. 3, scrive non potersi alienare in pregiudizio del direttario in questo caso.

(5) Antonello, *de temp. legati*, lib. 1. cap. 67. num. 10. Tiraquell. *de retract lignag.* § 34. gl. 1. n. 9. 10. Guido Pap. dec. 575.

(6) Borsari, *contratto d' enfiteusi* par. 2. tit. 2. § 12-14.

(7) M. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. q. 8. n. 35.

*minio debitoris.* La ragion di ciò, continua il medesimo, sta in questo che la *commodità* viene considerata come un'accidente di fatto, del tutto distinto dalla sostanza della cosa, cui l'ipoteca non ferisce nè affetta d'alcun diritto; ma solamente attribuisce un diritto ai frutti, dopochè furono separati dalla loro causa produttiva, e quindi dopo che erano divenuti proprietà libera e disponibile del debitore: di maniera che il creditore che ha oppignorata la commodità della cosa si finge come cessionario e ministro del debitore, o procuratore in cosa propria (1).

**20.** L'assolutezza della proprietà appartenente a un solo possessore è spesse volte menomata dalla legge dei testatori cogl'impedimenti che essi frappongono al libero volere degli eredi e dei legatarj, e per le sostituzioni e i fedecommessi.

Però la nuda proibizione del testatore di alienare od ipotecare i fondi lasciati all'erede o al legatario non importerebbe un'efficace ostacolo alle alienazioni od alle ipoteche che si facessero in onta al divieto, quando il testatore non avesse interessato all'adempimento de'suoi voleri alcun'altra persona fisica o morale. In questo argomento si potrebbe disputare assai, se stessimo alla letterate disposizione del § 610 del Codice civile, ove si legge: quando il testatore ha proibito all'erede di disporre per testamento della facoltà lasciatagli, vi è la sostituzione fedecommessaria, e l'erede è obbligato a conservare l'eredità pe'suoi eredi legittimi. *La proibizione di alienare la cosa non esclude il diritto di disporne per testamento.* Per quest'ultima proposizione gli eredi legittimi potrebbero essere esclusi dal far opposizione alla vendita o all'ipoteca, perchè possono essere privati dal primo erede con un legato che colui facesse ad estranea persona. E nessun altro potrebbe far opposizione perchè non ci avrebbe alcun interesse. Noi crediamo in ciò rediviva la dottrina dell'antico Diritto. *Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint: nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum præceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere. Quod si liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulenter, ejusmodi voluntatem significarent: eam servandam esse: sed hæc neque creditoribus, neque fisco fraudi esse; nam si heredis, propter testatoris creditores, bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur* (2). E nel medesimo caso anche Cervidio Scevola avea pure risposto: *cum hoc nudum præceptum est, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum* (3). Rolandino Passaggieri, professore bolognese verso la metà del duecento, ci esibisce una ragione

(1) Card. De Luca, *de credit.* disc. 14. n. 6. 7.

(2) Marcian, in leg. 114. § 14. Dig. *de legatis.* 1.

(3) Leg. 38. § 4, Dig. *de legatis.* 3. e leg. 93. Dig. eod. tit.

nettissima di ciò con avvertire che questa proibizione nuda, non comminata in favore d'una estranea persona, non impedisce all'erede di vendere validamente e di trasferire il dominio: *quia non apparet persona quæ ex voluntate testatoris habeat jus rei vindicandæ* (1). E chi diffatti può impugnare la vendita o l'ipoteca? Non i terzi, perchè nessuno può eccepire *de jure tertii*. Non il giudice che non provvede se non a coloro cui fosse stato lasciato qualche cosa. E in genere anche pel Codice austriaco il giudice non provvede nemmeno ai creditori e ai legatarj più di quello che essi medesimi richieggano (§ 811); costituisce un curatore alle persone che potessero avere un'interesse contrario a quello dell'erede; ma nel caso proposto nessuno può avervi interesse, perchè la proibizione del testatore non riguarda l'interesse di alcuna persona.

Nel caso opposto invece varrà la conclusione contraria. Ma se il testatore, soggiunge l'antico professore, avrà aggiunto una causa al suo precetto proibitivo, la quale riguardasse il vantaggio d'alcun'altra persona, come nel caso che avesse proibito l'alienazione volendo che la cosa pervenisse ai discendenti dell'erede, o ad altra persona in avvenire, allora la cosa proibita non si potrà alienare, *quia quodammodo per fideicommissum per se venire debet in personas, quarum intuitu facta est prohibitio; unde quamdiu apparebit aliqua ex illius personis, poterit illam rem vendicare* (2).

In quest'ultimo caso si verificherebbe adunque un caso di fedecommesso o di sostituzione fedecommessaria.

La proprietà della sostanza vincolata al fedecommesso, secondo il § 629 del Codice civile, è divisa fra tutti i chiamati a succedervi e il possessore attuale del fedecommesso medesimo. A quelli compete soltanto la proprietà diretta, a questo però anche la proprietà utile. E per il § 632 il possessore del fedecommesso può rinunziare per sè al suo diritto, ma non mai per la posterità, benchè non ancora esistente. Se egli dà in pegno i frutti del fedecommesso *od anche gli stessi beni fedecommessi* (quindi se li sottopone ad ipoteca), il pegno (e quindi l'ipoteca) vale soltanto per quella parte di frutti ch'egli ha diritto di percepire, ma non riguardo ai beni fedecommessi o a quella parte dei frutti che competono al successore.

Il possessore può adunque ipotecare gli stabili del fedecommesso, ma solo in quanto al godimento temporaneo e personale che gli appartiene. Queste disposizioni sono perfettamente conformi alla dottrina del Diritto comune, insegnata da Neguzanzio (3), Fusario (4) e Bachovio (5).

(1) Rolandin, *Flores testamentor.* par. 1. Rubr. 30. n. 1.

(2) Rolandin. ibid. In questa dottrina convengono il Gualdense, *de arte testandi*, til. 8. cautela 6. n. 1. Peregrin, *de fideicom.* art. 14. Fusario, *de substitut.* quæ 685. Mascardo, *de probat.* concl. 1256. n. 4.

(3) Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 2. n. 92. M. Morlin. *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæst. 6.

(4) Fusario *de substitut.* quæ. 705.

(5) Bachov. *de pignor.* lib. 2. cap. 2. n. 3.

Ma v'ha di più. Secondo il § 635 dello stesso Codice civile, il possessore può aggravare di debiti la terza parte dei beni fedecommessi. Per questo oggetto non abbisogna del consenso dei chiamati al fedecommesso o dei curatori, *ma soltanto di quello del giudice ordinario.* In questa terza parte debbono imputarsi, giusta il seguente § 636, tutti i pesi inerenti sotto qualunque titolo al fedecommesso, così che abbiano a rimanere due terze parti affatto libere.

In riguardo alla sostituzione fedecommessaria, che per il § 612 del Codice civile in riguardo alle cose immobili non si estende oltre il primo grado, nel seguente § 613 si prescrive che, finchè non si verifica il caso della sostituzione fedecommessaria, spetta all'erede instituito il diritto limitato di proprietà co'diritti e gli obblighi di un usufruttuario.

Vediamo se l'usufruttuario possa concedere ipoteche.

**21.** Oltre la proprietà delle cose immobili e de'loro accessorii la giurisprudenza universale riconosce suscettibile d'ipoteca anche l'usufrutto. La qual dottrina fu trovata da Papiniano e raccolta da Marciano con queste notevoli espressioni: *ususfructus an possit pignori hypothecæve dari quæsitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus lib. XI Responsorum: tuendum creditorem; et si velit cum creditore proprietarius agere: non esse ei jus utifrui invito se, tali exceptione eum Prætor tuebitur: si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet convenerit ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur Prætor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicetur exceptio* (1).

Nè diversa, comunque più breve, è la disposizione dell'articolo 2118 del Codice civile francese, che dice suscettibile d'ipoteca l'usufrutto dei beni immobili e del loro accessorii durante lo stesso usufrutto. E pur contengono la stessa nozione l'articolo 2004 del Codice delle due Sicilie, l'articolo 2168 del Codice parmense, l'articolo 1145 del Codice del Canton Ticino, l'articolo 2168 del Codice albertino, l'articolo 2159 del Codice estense, l'articolo 104 della legge ipotecaria di Romagna e l'articolo 4 di quella di Toscana.

Ma nel Diritto civile austriaco non abbiamo alcuna analoga disposizione formale. Nel § 457 si allude al pegno dei frutti, non all'ipoteca della servitù personale dell'usufrutto; poichè è concepito in questi termini: il diritto di pegno si estende a tutte le parti del pegno soggette alla *libera proprietà* di chi lo ha costituito, alle accessioni e pertinenze di esso, e *per conseguenza* anche ai frutti finchè non siano separati o percetti. *Quindi se un debitore impegna ad un creditore il suo fondo,*

(1) Leg. 11. § 2, Dig. *de pignor. et hyp.* L'egual disposizione pratica si ha nella leg. 2. Cod. *de usufructu et habitat.*

*e poscia ad un'altro i frutti del fondo medesimo, il posteriore pegno non è operativo se non pei frutti già staccati e percetti.* Evidentemente la legge allude al pegno de'frutti, e non all'ipoteca dell'usufrutto, perchè qui parla d'un debitore che ipoteca il fondo, ossia la proprietà piena del medesimo; ed è pur un canone incontroverso di giurisprudenza che l'usufrutto non può coesistere in una stessa persona col pieno dominio o col dominio della sostanza: così ritenevasi in antico (1), e nell'articolo 617 del Codice Napoleone (2): nè diversamente si dovria ritenere secondo il nostro Codice civile per argomento dal § 526 che stabilisce: quando si riunisca in una sola persona la proprietà del fondo serviente e del fondo dominante, cessa da sè la servitù.

Ma sembrebbe che la legge positiva col § 485 del Codice civile proibisse la disponibilità dell'usufrutto in questi termini generali: nessuna servitù può arbitrariamente disgiungersi dalla cosa serviente, *nè trasferirsi* ad altra cosa *o persona*. Con tutto ciò Carozzi (3) e Basevi (4), Mattei (5), Foramiti (6) ed Ellinger (7) non esitano ad affermare che l'usufrutto sia veramente suscettibile d'ipoteca, argomentandosi dalle leggi romane e francesi. La cosa non è così facile come può sembrare ad essi al primo sguardo.

Posciachè l'usufrutto se è congiunto colla proprietà non è un diritto distinto da essa; se ne è disgiunto non è proprietà, quindi non tutti vedrebbero tosto la ragione per cui ciò che non è proprietà nè diretta nè utile possa essere suscettibile d'ipoteca. In terzo luogo poi l'usufrutto come personale non si può agevolmente cedere a terze persone, e resiste il succitato § 485; quindi non saria facilmente ipotecabile. Ed in ogni caso, l'autorità delle antiche e delle forastiere legislazioni non concludono abbastanza nel silenzio della nostra legge, se non in quanto stabiliscano un principio che si provi sussistente ed applicabile nel reggime delle leggi vigenti.

In virtù del principio generale che ciascuno possa disporre delle cose proprie, quando ciò faccia senza pregiudizio dei terzi, professarono alcuni che l'usufrutto si potea ipotecare dal padrone assoluto in questo senso, che coll'ipoteca veniva a costituirlo in prò dei terzi (8). Ma noi non possiamo accettarla, per la ragione che dissimo: non esservi una servitù attiva e passiva sulle proprie cose; come sembrò pur anco a Bachovio: *quod si enim plenus dominus retento fundo et usu ejus apud se, dicat se obligare hypothecæ usumfructum, non animadverto, quomodo possit*

(1) Per le leggi 17 e 27. Dig. *quibus modis. vel usufruct. vel servit. amitt.*

(2) Chiesi, *sist. ipot.* n. 571.

(3) Carozzi, *giurisprud. del Codice civ. aust.* tom. 10. cap. 1. num. 9 e 10.

(4) Basevi, al § 457, n. 4. Codice civ. aust.

(5) Mattei, al § 448, n. 21. Cod. civ. aust.

(6) Foramiti, *Lessico ragion. V. ipoteca*, pag. 171. col. 2.

(7) Ellinger, *Manuale del Dir. civ. aust.* al § 448.

(8) Coccejo, *jus civ. controv.* tit. *quæ res pignori*, quæ. 3. Voet, in Dig. *quæ res pignori*, n. 1. Richeri, *jurispr.* vol. 9. § 1565.

*dici usufructus loco pignoris constitutus, cum nulla sit separatio usufructus a proprietate*, SED HOC MODO FRUCTUS IPSI INTELLIGENTUR PIGNORI OBLIGATI (1).

E questa ci sembra l'intenzione del Legislatore nostro, e il vero comento del § 437 del Codice civile. Nel caso poi che coll'ipoteca si volesse concedere al debitore e proprietario assoluto di costituire in garanzia al creditore l'usufrutto d'un suo fondo, si verificherebbe un patto anticretico che è espressamente proibito dal § 1372 dello stesso Codice civile, come vedremo sotto il seguente nostro § XX.

Alla seconda e terza obbiezione rispondiamo diversamente, dicendo cogli antichi e coi francesi e colte moderne legislazioni italiane, che l'usufrutto validamente costituito possa essere assoggettato ad ipoteca nell'interesse dell'usufruttuario, comunque egli non possa disporre della cosa stessa *jure dominii*, e di conseguenza ci siamo creduti in diritto di stilizzare il presente §, dicendo che non solo la proprietà, ma eziandio l'usufrutto possa essere materia idonea all'ipoteca.

Noi però non possiamo comprovare questo nostro assunto, specialmente per superare la terza eccezione proposta, nel modo con cui lo comprovano i francesi e quegli italiani giureconsulti che rispondono secondo la rispettiva legge positiva. Imperocchè essi dicono: l' usufrutto essere suscettivo d'ipoteca, perchè dalla legge civile è paragonato alle cose immobili (2). Questa non può essere una ragion sufficiente nè chiara: non sarebbe sufficiente, come ben avverte lo stesso Chiesi (3), perchè non si potrebbe spiegare come le servitù prediali, che sono pure paragonate agli immobili, non sieno suscettive d'ipoteca, come vedremo tantosto. Non è poi una spiegazione evidente, perchè si fonda piuttosto sopra una finzione di legge; essendochè i diritti in genere come cose incorporali non sono nè mobili nè immobili. E noi non crediamo che la vera materia dell'ipoteca sia per sè stessa la cosa materiale obbiettiva, ma il diritto che è veicolo all'utilità della cosa. Ora domandiamo perchè oltre la proprietà può essere materia dell'ipoteca anche l'usufrutto? Ed a nostro parere il perchè consiste nel principio superiore generalissimo, per cui la proprietà stessa, piena o divisa, può essere materia dell'ipoteca, perchè in virtù di essa il possessore può disporre giuridicamente dell'utilità valutabile d'un dato fondo: e non solamente perchè il proprietario sia proprietario. In questa nozione viene anche l'usufrutto: come quello che attribuisce ad una persona diversa dal proprietario l'utilità valutabile d'un fondo: quest'utilità, come qualunque altro valore, pel fatto stesso che appartiene all'usufruttuario, può essere da lui, *ne' limiti originarii del suo diritto*, ceduta ed ipotecata. Sopra questa utilità

(1) Bachovio, *de pignorib.* lib. 2. cap. 6. n. 1. Nella stessa sentenza convenne già Hotoman, in Dig. *quæ res pignor.*

(2) Grenier, hyp. n. 144. Chiesi, *sist. ipot.* num. 65, 899 e 571. All'art. 526 del Codice Napoleone corrisponde il § 298. del Cod. civ. aust.

(3) Chiosi, sist. ipol. n. 569.

valutabile a danaro può essere pagato il creditore ipotecario. *Usus-fructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit* UTITUR (1). Ma come vinceremo l'obbiezione desunta dal succitato § 485 del Codice civile?

Egli è vero che l'usufrutto è limitato alla persona; se appartiene a Tizio non può appartenere a Mevio: se limitato alla vita di Tizio, non può accrescersi alla vita più longeva di Mevio; se ciò fosse, si altererebbe la sua forma a scapito del padrone diretto: e questo è ciò che non volle il Legislatore austriaco col succitato § 485 (2). Ma gli antichi distinsero accuratamente *la commodità* dalla *forma* di esso diritto; come fecero Paolo Castrense (3), Mercuriale Merlino (4), Coccejo (5), e Struvio (6); quindi il diritto concesso al creditore, ossia l'utilità sulla quale si eserciterà l'Ipoteca non eccederà quella parte che saria toccata all'usufruttuario.

Con questa distinzione si rende manifesto come sia opportuno ed efficace nel nostro Diritto civile il responso di Papiniano, ove disse: *tuendum creditorem* nei due diversi rapporti dell'usufruttuario e del padrone diretto. Ne' rapporti col primo: perchè il creditore risponde col fatto di lui proprio, per cui ottenne l'ipoteca. Nei rapporti col secondo, in virtù dello stesso contratto che fa sì che il creditore sia come subentrato nel diritto dell'usufruttuario, e lo rappresenti come suo avente causa. *Nam et cum emptorem ususfructus tuetur Prætor, cur non et creditorem tuebitur?* E noi non siamo in diversa condizione del romano ginreconsulto. La legge positiva con una diposizione troppo generale sembra contraddirci; ma in virtù de' principii generali or ora allegati, ottiene efficacia la fede dei contratti: efficacia tutta pratica, che però non urta contro i principii formali ricevuti, ma anzi ci ajuta a scoprire ed illustrare quell'altro principio superiore: che *sia ipotecabile quel qualunque diritto, per il quale si possa liberamente disporre della totale o parziale commodità d' un bene immobile.*

Noi vedremo le importanti applicazioni di questo principio nel seguente § XV.

Ma prima d'allora dobbiamo cercarne l'applicazione in alcuni casi, quali sono: le servitù personali d'uso e d'abitazione, e le servitù prediali.

Le servitù personali d'uso e d'abitazione sono veramente inalienabili, e quindi non sono passibili d'ipoteca, non perchè non abbiamo un'utilità rap-

(1) Leg. 12. § 2. Dig. *de usufruct. et quemadm quis utatur.*

(2) Nè vollero i Romani colle leggi 66. Dig. *de jure dotium.* e § 3. Institut. *de usufructu.*

(3) Paolo de Castro, in leg. *si usufructus* 4. Dig. *de novation. et delegat.* num. 5.

(4) M. Merlin. *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 23. n. 7.

(5) Coccejo, *Ius civ. controv.* tit. *quæ res pignori.* quæst. 3.

(6) Struvio, *syntagm. jur. quæ res pign.* thes. 17. Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 6. num. 2. Donneau, *de pignor:* cap. 8. in med. Zoesio, in Dig. *quæ res pignor.* n. 8. 9.

presentabile da un valore corrente: ma per la ragione che non si possono trasportare da una persona ad un'altra, senza cangiare della sostanziale ed originaria loro forma (1). Imperocchè l'uso è definito dal § 504, del Codice civile, la facoltà di usare *soltanto pe' suoi bisogni* della cosa altrui salva la sostanza; e la servitù dell'abitazione secondo il § 521 è pure limitata *al bisogno* della persona in favore della quale fu costituita.

**22.** Quel nostro principio che si possa ipotecare quella parte di utilità giuridica d'un fondo, della quale si possa liberamente disporre, è egli applicabile alle servitù prediali? Queste senza dubbio costituiscono un'utilità grandissima, e sono talvolta essenziali all'economia edilizia ed agraria. Ma non senza alcun dubbio sono egualmente disponibili, e quand'anco il fossero, non se ne potria disporre in modo compatibile col sistema ipotecario.

La ricerca che ci proponiamo è tanto più difficile se si vuol render ragione della storia intermedia della giurisprudenza, la quale versò in una grandissima difficoltà nel conciliare sotto il punto di vista pratico due diverse leggi romane che sembrano contradditorie.

Nella legge XI § 3 Dig. *de pignoribus et hypothecis*, attribuivasi a Marciano questa sentenza: *jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint.*

E nella seguente legge XII dello stesso titolo Paolo avrebbe detto: *sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat? Videndum esse, Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat); et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

Come in tutte le quistioni difficili, così in questa non mancarono molti e svariati tentativi d'interpretazione; fra tutti però non ve ne ha alcuno che abbia conciliato questi due responsi con una spiegazione la quale fosse insieme attuabile anche nella moderna giurisprudenza.

Alcuni dissero non esserci contraddizione veruna, perchè l'un giureconsulto alludette alle servitù prediali urbane, l'altro alle rustiche. Ma questa spiegazione non è sufficiente senza lo dimostrare la diversità radicale dell'una e dell'altra specie di servitù: poichè solo allora, secondo i dialettici, le due diverse conclusioni non cadendo sopra una stessa cosa ed in una stessa circostanza, non ci sarebbe una vera e formale contraddizione. Senza di questa spiegazione sì le une che le altre servitù convengono nell'identica nozione giuridica: epperciò ambedue debbono essere o non essere passibili d'ipoteca.

La Glossa non esitò ad adottare questa distinzione, applicando la affer-

(1) Chiesi, *sist. ipot.* num. 66, 572.

mativa di Paolo alle servitù rustiche, e la negativa di Marciano alle servitù urbane; per questa ragione: *quia urbanæ debent cum quadam perpetuitate constitui, ne urbs ruinis deformetur: hoc autem non fieret, si obligarentur* (1). Ma questa ragione è piuttosto edilizia che giuridica; noi dobbiamo trovare, non una ragione di convenienza estrinseca, ma un principio costante di Diritto privato. L'acutissimo Francesco Balduino (2) e Vinnio (3) non sapevano capacitarsi di questa distinzione, quindi la riprovarono (4).

Fu imaginata un'altra distinzione, ed aggiunta alla precedente. Si distinse cioè la servitù *formale* ossia preesistente, e la *causale,* ossia quella che mediante la convenzione del pegno o dell'ipoteca venivasi a costituire o in vantaggio del creditore, o col concedergli la facoltà di costituirla e venderla ad un terzo, affine di compensare il suo credito sul corrispettivo che ne ritrarrebbe. Ritenendo i termini di queste due distinzioni verrebbero a risultare quattro specie distinte di servitù. La prima sarebbe quella delle servitù *urbane-formali,* la seconda quella delle servitù *rustiche-formali,* la terza delle servitù *urbane-causali,* la quarta ed ultima sarebbe quella delle servitù *rustiche-causali.*

Questa distinzione più completa non basta ancora per formarci un'idea netta di questa complicata quistione. Non però crediamo necessario di spiegare come ogni servitù prediale supponga due fondi, l'uno de' quali si dice *dominante,* l'altro *serviente;* e d'indicare quali sieno fra le servitù prediali quelle che si dicono *urbane* e quelle che si dicono *rustiche.* Ci basti alla specialità della presente quistione di aver determinato il senso differenziale della servitù *formale* e della *causale.* Ma per seguire con attenzione e comprendere l'analisi che intraprendiamo su ciascuna di quelle quattro specie di servitù, dobbiamo sapere a chi appartengano attivamente, se al debitore, se al creditore, se ad un terzo estraneo.

Le servitù urbane e rustiche preesistenti, e che si dicono *formali,* all'atto che si vorrebbero ipotecare non possono appartenere a un terzo, perchè nè il debitore nè il creditore possono disporre delle cose altrui. Non possono nemmeno appartenere al creditore, perchè nessun creditore vorrebbe garantirsi colle cose proprie. Quelle servitù *formali* devono dunque appartenere al debitore.

Quanto alle servitù *causali,* cioè quelle che per mezzo della convenzione del pegno o dell'ipoteca si vorrebbero costituire, dovrebbero invece cadere ad aggravio del fondo del debitore ed in vantaggio del fondo del creditore o d'un terzo al quale il creditore vorrebbe ottenere la facoltà di venderla per suo proprio conto.

(1) Glossa in leg. 12. verb. *utatur.* Dig. *de pignorib et hyp.* Distinzione adottata da Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 25. num. 11, Coccejo, *Jus civ. controv.* til. *quæ res pignor.* quæ. 3. Brunneman, in leg. 12. n. 13. Dig. *de pignor.* Carozzi, *Giurisprud. del Cod. civ. aust.* tom. 10, cap. 1. n. 11.

(2) Balduin, *de pignor.* cap. 12. in med.

(3) Vinnio, *selectæ jur. quæst.* lib. 1. cap. 32

(4) E coi succitati l'avversò anche il Chiesi, sist. ipot. num. 67.

Bartolo (1), Neguzanzio (2), Duareno (3), Donello (4), Hotoman (5) e Vinnio (6) interpretarono con bastevole acutezza analitica quelle due leggi in questo senso, che le servitù urbane, tanto formali che causali, non si potessero mai ipotecare: non si potessero egualmente le servitù rustiche formali; ma fossero suscettibili d'ipoteca le servitù rustiche causali.

Le ragioni che addussero non erano però improntate di quella evidenza che era necessaria a cattivarsi il consenso dell'universale dei giureconsulti. E di più, accettando essi quell'ultima conclusione di Paolo, non accertarono tutti i punti differenziali in riguardo alle tre prime conclusioni, e urtavano di fronte contro le leggi e le procedure che aveano modificato alquanto il Diritto antico. Quindi non è meraviglia se tra gli altri Voet, giureconsulto di grande autorità presso i moderni, lasciasse scritto: *contra enim, si certiora scrutemur principia, parem utrobique causam deprehendimus* (cioè nelle servitù causali dei fondi urbani e rustici); *cum neque minor in urbanis quam rusticis utilitas, adeoque etiam securitas sit, quoties creditori prædium vicinum habenti constituuntur, per eundem exercendæ, donec debitum exsolutum sit, ac ob moram debitoris una cum prædio dominante distrahendæ* (7). Con quest'ultima frase accenna chiaramente com'egli non voglia riconoscere per ipotecabile una servitù prediale qualunque per sè sola, senza l'ipoteca del fondo dominante; e con lui conclude egualmente Perezio (8).

Non mancarono persino taluni, che vollero applicabile alle servitù prediali la distinzione che s'usa volgarmente circa la disponibilità dell'usufrutto: insegnando cioè che nessuna servitù si possa trasportare da una persona all'altra, da un fondo all'altro nella sua intima natura, come servitù formale; ma si potesse benissimo adoperare la commodità di una data servitù prediale, trasportandola temporariamente dal fondo dominante del debitore a quello del creditore o d'un terzo. A questo modo Francesco Ripa (9), Struvio (10), Zoesio (11), Fabro (12), Cujaccio (13) Mercuriale Merlino (14) e Brunneman (15), senza distinguere le rustiche dalle urbane, assoggettavano tutte le servitù formali all'ipoteca, e conciliavano

(1) Bartolo in leg. *sed an viæ*. 12. Dig. *de pignor.*

(2) Neguzant. *de pignor.* par 3. mem. 2, num. 15.

(3) Duareno, *annivers. disputat.* lib. 2. cap. 15.

(4) Donello, *de pignor*, cap. 8. in medio.

(5) Hotoman, in Dig. *quæ res pignori. vers, eadem quoque prædialium.*

(6) Vinnio, *select. jur. quæ.* lib. 32. vers, *cæterum.* Questa classificazione fu riconosciuta anche da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 401. e da Borsari, *contratto d'enfiteusi* par. 1. cap. 1. § 7. *in nota.*

(7) Voet, in Dig. *communia prædior.* lib. 8. tit. 4. n. 8.

(8) Perezio, in Cod. *quæ res pignor.* n. 10.

(9) Ripa, in leg. *obligatione* 6. n. 6. Dig., *de pignor. et hyp.*

(10) Struvio, *syntagma jur, quæ res pign.* thes, 18.

(11) Zoesio, *in pand. quæ res pignori* n. 10.

(12) Fabro, Instilut, *de actionib.* ad § *idem Serviana.*

(13) Cujacc. lib. 5. *observat.* cap. 6.

(14) Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ 25, n. 6 e seguente.

(15) Brunneman. in leg. 11 e 12. n. 16. Dig. *de pignor.*

Paolo con Marciano. Ma in che cosa consistesse questa utilità, o meglio ancora qual effetto reale potesse avere l'ipoteca costituita sopra di essa, non spiegarono affatto: quindi l'opinione loro è poco o nulla attendibile nella pratica applicazione.

Nè riescì più felice di costoro il nostro Romagnosi quando propose come criterio della presente quistione la distiuzione seguente; o il godimento d'un servizio è *inseparabile* dal fondo, e valga la conclusione negativa; ovvero è *separabile*, e si deve conchiudere che possa essere vincolata per sè sola ad ipoteca (1).

Noi accettiamo il primo termine di questa distinzione, e rigettiamo il secondo per le ragioni colle quali tentiamo di giustificare quello che dicevamo a principio: che cioè si può sostenere la negativa circa le prime tre specie di servitù, e l'affermativa della quarta specie; almeno avuto riguardo alla giurisprudenza dei tempi di Paolo.

Nessuna servitù prediale s'intende costituita, e quindi valida e reale, senza che sia aggiunta ad un fondo che si dice serviente, e ad un altro fondo che si dice dominante. Se è separata o separabile o dal fondo dominante o dal serviente, non è più servitù prediale: ella cangia issofatto di natura e di essenza. Trasportarsi su di un altro fondo significa cessare la precedente servitù, e costituirsi una nuova. Finchè è unita come rapporto stabile tra due fondi è vera servitù, se si disgiunge, e nell'atto che si disgiunge, non resta cosa alcuna. La servitù precedentemente costituita o formale non può dunque ipotecarsi, perchè, o continua a sussistere nella primiera sua natura, e non è quell'utilità economica che sia *disponibile*, quindi alienabile od ipotecabile *separatamente dal fondo dominante*; o si può per consenso del padron dominante e del serviente trasportare ad un altro fondo, ed allora cangia di categoria e si dice servitù causale; cioè cessa d'essere servitù per riguardo al suo stato precedente: e, come disse Neguzanzio, *servitus causalis improprie dicitur, quia omnis servitus est formalis* (2). La servitù può in tempo futuro costituirsi di nuovo sopra un altro fondo: ma prima d'essere costituita sopra di questo non esiste, dopo che è costituita diviene formale; quindi nel primo caso della servitù causale, non si ha una vera ed effettiva servitù reale, ma un titolo personale a costituire una servitù in avvenire: quindi ancora, se non è diritto reale, non può essere passibile d'ipoteca, perchè non è causa sufficiente a partorire un diritto reale qual'è l'ipoteca. Questa s'assiderà sopra un ente giuridico, il quale non può essere perfetto se non quando è reale; e quando è reale, ossia quando la servitù divien formale, d'allora comincia a non essere disponibile da per sè sola, ma come accessorio non può essere alienato ed ipotecato senza il fondo dominante al quale viene ad appartenere (3).

(1) Romagnosi, *Ragion civ. delle aque*, par. 1, cap. 1, §§ 382-384.

(2) Neguzant. *de pignor*. par. 2. m. 3. n. 46.

(3) Balduin, *de pignor*. cap. 12 in med.

Questo carattere d'*inerenza reale* è essenziale a tutte le servitù prediali: *ideo autem hæ* SERVITUTES PRÆDIORUM *appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere, vel urbani, vel rustici prædii, nisi habet prædium*; dottrina d'Ulpiano (1). E Celso soggiunse: *quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (2)? Quindi scrisse Donneau: *nam quæcumque servitus prædii est, ea prædio cohæret, nec potest quamdiu prædium apud debitorem manet, servitus in alium transferri, ut ea utatur: quia non personæ est, sed prædii, et prædii non cujuslibet, sed prædii debitoris, a quo ipsa separari non potest* (3). E Vinnio aggiunse: *quia servitutes prædii sunt prædii qualitates; prædio cui constitutæ ut subjecto suo sic inhærentes ut ab eo divelli nequeant, et in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis... et nequidem transferre possim in aliam mei ipsius prædii partem* (4). Così collo stesso Romagnosi il nostro Borsari disse pur testè in questa medesima quistione: che la servitù non è capace d'ipoteca se non congiuntamente col fondo di cui essa è una qualità (5). Non è diversa la definizione che delle servitù prediali in genere ci danno gli articoli 637 e 686 del Codice Napoleone, secondo che parve anche a Grenier (6) e a Chiesi (7): ed è abbastanza esplicita la definizione del § 473 del nostro Codice civile, ove leggiamo: se il diritto di servitù è congiunto col possesso di un fondo pel più vantaggioso e più comodo uso di esso, si ha una servitù prediale. In diverso caso la servitù è personale.

Dal momento quindi che si disgiunge dal fondo dominante cessa d'essere servitù *et tunc*, direbbe Vinnio, *esset nova servitus* (8); ma al debitore padrone del fondo dominante non è lecito di alterare e trasportare in altri le sue servitù: *quia per hanc viam*, direbbe Neguzanzio, *ille uteretur illis alio modo quam essent constitutæ, quod non licet* (9). E nel § 485 del nostro Codice civile si dice espressamente: nessuna servitù può arbitrariamente disgiungersi dalla cosa serviente, nè trasferirsi ad altra cosa o persona. Quindi, specialmente nel Diritto antico, si concedeva al creditore di esercitare quelle servitù, solo nel caso che avesse un'ipoteca sul fondo dominante (10).

Ma se la cosa è così, come si viene a conciliare questa negativa generale coll'affermazione parziale di Paolo, ove dice che l'ipoteca della servitù rustica causale *propter utilitatem contrahentium admittenda est?*

(1) Leg. 1. § 1. Dig. *commun. prædior.*
(2) Leg. 86. Dig. *de verbor. significat.*
(3) Donell, *de pignor.* cap. 8. in med.
(4) Vinnio, *selectæ jur. quæst.* l. 1. cap. 32.
(5) Romagnosi, *condotta delle aque.* par. 1. lib. 1. § 17, Borsari, *contratto enfiteut.* par. 1. cap. 1. § 7, pag. 7.
(6) Grenier, *hypothèq.* num. 151.
(7) Chiesi, *sist. ipotec.* num 68.
(8) Vinnio loc. citato.
(9) Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 3. num. 16. per argomento dalla leg. 24. Dig. *de servit. præd. rusticor.* Così Bachov. *de pignor.* lib. 2. cap. 7. n. 1.
(10) Leg. 16. Dig. *de servitutib.* leg. 9. Dig. *de oper. nov. nunciat.* Hotoman. in Dig. *quæ res pignor.*

A me sembra che'l si possa, interpretando Paolo in guisa ch'egli non intendesse già di derogare ai principii generali della materia, ma solamente permettesse l'ipoteca nel caso, che una qualche utilità ridondasse ai contraenti. Noi vogliamo solo far risaltare a quale utilità alludesse Paolo, per indi stabilire come nella giurisprudenza posteriore questo residuo d'utilità non si sia più potuto ottenere e disporre come materia di una verace ipoteca. Colla qual cosa però non intendiamo parteggiare coll'opinione di coloro, i quali stimano che tanto ai tempi di Paolo, come ne'tempi posteriori questa residua utilità si potesse assimilare alla commodità dell'usufrutto.

In due modi si saria potuto ipotecare una servitù causale, secondo che disse quell'esattissimo giureconsullo. O il debitore ha voluto concedere al creditore una servitù temporaria *quamdiu pecunia soluta non sit, scilicet si vicinum fundum habeat;* ovvero ha concesso al creditore di costituire e di vendere al vicino una servitù prediale a carico del fondo del debitore medesimo, *si intra diem certum pecunia soluta non sit.*

Nel primo caso, cioè in quello della concessione temporaria e rivocabile col pagamento del debito, il creditore non acquistava una vera e reale servitù prediale: perchè ogni servitù prediale, essendo come tale destinata all'economia perenne del fondo, gli antichi esigevano che fosse perpetua. *Summo certe jure*, scrisse Balduino, *nec sic quidem potest; non enim servitus constituitur ad tempus* (1): *omnes autem*, avea insegnato lo stesso Paolo, *omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent* (2). E secondo Papiniano: *servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ... constitui possunt.* Solo valgono nei rapporti particolari tra i contraenti, *pacti vel per doli exceptionem* (3).

E non essendo vera servitù prediale, non era quindi reale: non essendo reale, la utilità che ne proveniva non potea conservarsi dal creditore contro qualunque terzo possessore del fondo serviente: non potendosi conservare reale la materia giuridica sulla quale cadeva l'ipoteca, nemmeno questa potea essere reale e quindi opponibile contro il successor singolare del commune datore.

Ma fatta astrazione da questa invalidità giuridica della servitù temporaria e dell'ipoteca, Paolo non avea ragione alcuna di non approvare le convenzioni che si facessero, quando i loro effetti si fossero limitati nei rapporti particolari tra il creditore e il debitore: *quæ sententia propter utilitatem* CONTRAHENTIUM *admittenda est.*

Nel secondo caso, quando cioè il debitore avesse conceduto al creditore la facoltà di costituire una servitù prediale sul proprio fondo dopo la scadenza del debito, prima di questo tempo il creditore non acquistava

(1) Balduin. *de pignor.* cap. 12 in med. Donneau, *de pignor.* cap. 8. Bachov *de pign.* lib 2. cap. 7. n. 2

(2) Leg. 28. Dig. *de servit. præd. urban.*

(3) Leg. 4. Dig. *de servitutib.*

la servitù: e nemmeno il debitore la costituiva; perchè a costituirla si richiedeva che fosse designata e la natura della servitù da costituirsi, e il fondo del vicino, in vantaggio del quale si volesse costituirla, e il contratto tra il debitore o il vicino, che dovea accettare la servitù e pattuire il prezzo. Nel giorno in cui fu stipulata un'ipoteca quella servitù non esisteva ancora: quindi mancava la materia dell'ipoteca: epperciò questa non era diritto reale prima della scadenza del debito: se prima della scadenza il debitore alienava il fondo, non sussistendo nè la servitù nè l'ipoteca, non poteasi costituire e rendere efficace l'una e l'altra a danno del successor singolare. E nemmeno, se alla scadenza del debito il debitore avesse ancor posseduto il fondo, non essendo ancor costituita la servitù, questa non si potea opporre a un creditore ipotecario intermedio, appunto perchè non ancor costituita. E nell'atto che la servitù si fosse costituita dal creditore dopo la scadenza del debito, in quel momento appunto l'ipoteca invece di prendere nascimento, come sopra un'utilità reale, perdeva ogni opportunità; avrebbe il creditore con quell'atto costitutivo raggiunto lo scopo per cui avria pattuita quella specie formale ed ingennevole d'ipoteca. Eppure Paolo disse: che quella convenzione del vendere la servitù al vicino *propter utilitatem contrahentium admittenda est.* Ma questo contratto non dava causa ad una vera ipoteca. Egli nol disse, e nol dovea dire da quel profondo giureconsulto che egli era. Ma disse: abbi luogo la convenzione; e l'interprete deve sottindere: *se ed in quanto possa valere.* E ben potea valere ne' rapporti particolari fra i contraenti, *propter utilitatem contrahentium.*

Ma quanto fosse diversa quest'utilità dalla commodità dell' usufrutto, è subito veduto. Perciocchè l'usufruttuario può concedere questa commodità a chiunque vuole, anche senza il consenso del padrone diretto: il creditore invece costituirebbe una servitù solo ed in quanto glielo permetta il debitore col non alienare od ipotecare ad altri il fondo che dovrà esser serviente: l'usufrutto sussiste formalmente, e la commodità sua può essere trasmessa a chiunque, e può essere ipotecata appunto perchè la commodità può essere alienabile: ma la servitù prediale non sussiste senza la commodità sua, e non può darsi commodità senza servitù, o se si dà non è più commodità di servitù; non ha più quindi una virtù reale, per la quale possa prestare un fondamento all'ipoteca.

Dunque Paolo parlò nei soli rapporti tra i contraenti tra il debitore proprietario del fondo e il creditore, acciocchè a termini del loro contratto si possa costituire in avvenire una vera e reale servitù. Il contratto può valere per sè: non però come causa bastevole a produrre e la servitù e l'ipoteca.

Ma nei tempi posteriori a Paolo, questa specie di convenzione avrebbe perduto ogni efficacia giuridica. Imperocchè nel primo caso della concessione d'una servitù temporaria *quamdiu pecunia soluta non sit,* si avrebbe avuto con quella convenzione un vero patto commissorio: perchè esso si

potea tradurre in questi termini: se non pagate il debito nel dato tempo, io creditore mi approprio la cosa designata nel pegno. E Costantino Imperatore avrebbe proibito ogni patto commissorio, che si trovasse aggiunto alla convenzione del pegno (1). La qual proibizione fu pure comminata nelle leggi moderne, come vedremo nel seguente § XIX num. 4 (2). Dunque in quel primo caso la risposta di Paolo cessò d'essere vera secondo il posteriore Diritto civile.

Ed anche nel secondo caso quella convenzione non avrebbe dappoi ottenuto una validità giuridica nemmeno tralle parti contraenti, perchè colle leggi e nella pratica de' tempi successivi fu tolta al creditore la facoltà di vendere privatamente il fondo del suo debitore, quindi implicitamente di costituire una servitù, come vedremo partitamente nel capitolo dell'azione ipotecaria, § LV num. 2 e § LXI num. 1. Ma tutte le ipoteche per potersi realizzare devono essere dedotte in giudizio, il fondo non può essere altrimenti venduto che dal giudice: il quale deve provvedere all'interesse di tutti gli altri creditori del commun venditore, e all'interesse del debitore medesimo. Quindi avverrebbe che nella vendita giudiziale, se il creditore di cui parliamo fosse anteriore, avrebbe interesse ad essere pagato non sul prezzo della vendita della servitù, ma sul prezzo assai più lauto del fondo intero. Se fosse posteriore, non potrebbe dettar legge ai creditori anteriori, non potrebbe impedire la vendita del fondo e concorrere sul prezzo del medesimo, e sul fondo venduto: non potrebbe nè prima nè dopo l'esecuzione costituire la servitù malgrado il possessore.

Noi abbiamo dunque interpretato Paolo con Marciano secondo lo stato della giurisprudenza d'allora: abbiamo tratto una conclusione generale negativa, assai più consona al Diritto moderno: quindi per ciò che può interessare alla pratica contemporanea persisteremo in questa conclusione (3).

(1) Leg. 3. Cod. *de pactis pignor.*

(2) Al qual § e num. rimetto il lettore per istabilire come quella proibizione fosse disconosciuta prima di Costantino.

(3) Conclusione pratica adottata sotto diverso aspetto da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 109 e 402. da Chiesi, *sist. ipot.* n. 67, 68 e 575.

## § XIV.

Coll' ipoteca non si può trasferire nel creditore un diritto maggiore di quello che compete al proprietario sulla cosa. Quindi, se questi non ha sopra di essa che un semplice possesso, ovvero un diritto soggetto ad essere risolto od annullato per un diritto anteriore e reale d' un terzo, non può stipulare che una ipoteca sottoposta alle medesime condizioni o alla stessa rescissione. Sarà però valida in tutto se queste circostanze non fossero note al creditore, e insieme non potessero essere da lui conosciute.

*Arg. dai §§ 442, 468 del Cod. civ. austriaco,*
*e dall'art. 2125. Cod. Napoleone;*
*e nostra dimostrazione.*

SOMMARIO.

1. La proprietà è temporanea. Delle varie cause risolutive di essa.
2. Posizione di due principii direttivi.
3. Il secondo principio è applicabile se concorre la negligenza colpevole del propietario, e la buona fede incolpevole del creditore.
4. Il dominio o possesso può risolversi come se fosse nullo in origine.
5. Dell'ipoteca concessa dall' erede putativo.
6. Della proprietà risolubile per l'abbandono o l' alienazione volontaria.
7. Della proprietà risolubile di sua natura.
8. Della condizione risolutiva apposta ai contratti e alle successioni.
9. Del diritto di ricupera: se è personale o reale; come si dee esercitare.
10. Degli altri patti risolutivi della vendita: della riserva d'un miglior compratore: del patto commissorio.
11. Dell' ipoteca prenotata a carico di una persona sopra un fondo, che dessa avea venduto ad un minorenne, e che venne costituita prima della autorizzazione tutoria o della ratifica del compratore pervenuto all' età maggiore.
12. Dell' ipoteca costituita a carico del minorenne sopra di un fondo venduto dal medesimo, il quale divenuto maggiore ratificò la vendita.
13. Delle cause miste, per le quali si risolve il dominio.
14. Della rescissione della vendita per lesione enorme.
15. Della revoca delle donazioni per ingratitudine, e delle donazioni inofficiose.
16. Della risoluzione dell'usufrutto per fatti volontarj dell' usufruttuario.
17. Della caducità de' livelli.
18. La risoluzione del dominio, perchè sia opponibile ai creditori, deve essere pronunciata in di loro confronto.
19. Esame dei giudicati relativi alle premesse conclusioni.

1. Abbiamo analizzato testè il diritto di dominio nelle sue limitazioni e compartecipazioni, tal quale ci si presentava nella sua idealità astratta ed immota, e insieme cercammo di appurare il suo valor pratico, considerandolo siccome una condizione necessaria, affinchè l'utilità materiale delle cose potesse essere materia appropriabile all' ipoteca. Ma dicendo che la proprietà soffre delle limitazioni e delle partecipazioni non potevamo esaurire il soggetto coll'additare semplicemente in quali contingenze si riscontrassero, col dare una classificazione generale delle medesime; ma dovevamo accennare più praticamente in cosa consistessero queste limitazioni, onde si avesse della garanzia ipotecaria una completa e ben circoscritta idea.

In quanto il dominio d' una data persona non fosse abbastanza esclusivo da permetterle il godimento assoluto della cosa, sulla quale cade, ma qualche altra persona concorresse in parte sulla medesima, nascono appunto quelle limitazioni e compartecipazioni di cui parlammo or ora. Ma può avvenire che l'assolutezza del dominio e del godimento giuridico non sia al presente limitato in alcuna guisa, o non fosse soltanto limitato in riguardo al godimento materiale, ma sì nell' uno che nell' altro caso fosse eziandio limitato a un dato tempo, o a un tempo qualunque incerto, dopo il quale verrebbe a sciogliersi. Rimane dunque a cercare qual sia la condizione giuridica dell'ipoteca, che si trova assisa sopra un così incerto fondamento. E questa ricerca costituisce appunto la materia destinata a questo §.

Può avvenire ancora che quegli, il quale ha costituito un'ipoteca sopra una data cosa, non ne sia proprietario, ò non lo sia così perfettamente come si richiederebbe nei casi ordinarj. La sua proprietà o sarebbe veramente futura, perchè mancante di vero titolo, o può essere futura solamente per la forma. In queste diverse evenienze c' interessa di sapere, cosa sarebbe per divenir l' ipoteca: e ce ne occuperemo nel seguente §.

Non il solo diritto di proprietà, a vero dire, ma qualunque diritto è temporaneo e caduco, perchè essendo un attributo, una proprietà dell'umana persona, o delle persone morali, ossia delle instituzioni organiche civili, sì l'una che le altre sono soggette alla legge suprema del tempo. Ma per dire degli effetti di questa caducità, bisogna distinguere in quali casi avvenga, in quali maniere il diritto e il godimento del dominio si risolvano. Il possessore può perdere l'uno e l' altro in tre modi: o per essergli tolta la cosa come non fosse mai stato proprietario: o per l'abbandono o l' alienazione volontaria: o per una causa inerente alla natura del suo diritto.

2. Quando il dominio si risolve secondo alcuna delle cause superiormente stabilite, all'interesse del creditore che vi ottenne un'ipoteca presiedono due principii direttivi di contraria efficienza. Il primo ci è somministrato dalla deduzione analitica dello stesso concetto di dominio; il

secondo s'appoggia sopra un altro fattore giuridico, che è la buona fede dei terzi.

*Resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis,* avrebbero detto gli antichi; *non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit* (1); *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (2). Il debitore può solo costituire un'ipoteca sopra di un fondo, della cui utilità egli possa liberamente disporre. Ma se questa sua facoltà viene a mancare, in tesi generale, che però soffre molte limitazioni come vedremo in appresso, mancando il fondamento giuridico, si rende pur caduca l'ipoteca. Il qual principio non è altro che un corollario diretto di quell'altro principio, col quale nel § precedente dicemmo che l'ipoteca supponga o la proprietà, o in genere la facoltà giuridica di disporre dell'utilità materiale d'un immobile. Questo corollario, per essere così ovvio e fondamentale, ricevette la conferma presso tutte le contemporanee legislazioni ipotecarie. Poichè nel § 468 del Codice civile austriaco si legge, come il diritto di pegno si estingua col cessare del diritto temporaneo di chi lo ha costituito sulla cosa impegnata: e secondo il § 442 *in generale nessuno può trasferire in altri maggior diritto di quello che abbia egli stesso.* Così l'articolo 2125 del Codice civile francese arreca che *quelli, che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risolto in casi determinati od annullato, non possono stipulare che un'ipoteca sottoposta* alle medesime condizioni o *alla stessa rescissione.*

Contengono la stessa regola il Codice albertino (articolo 2186), il Codice delle due Sicilie (articolo 2011), quello di Parma (articolo 2179), quello di Modena (articolo 2179), l'articolo 110 del regolamento ipotecario di Romagna e l'articolo 62 del motuproprio toscano.

Il secondo principio deduttivo ci è somministrato dallo stesso § 468 del nostro Codice civile, nel quale si limita la efficienza dell'antecedente principio colle seguenti parole: *purchè questa circostanza* (della risolubilità del dominio) *fosse nota al creditore o potesse da lui essere conosciuta col mezzo dei pubblici libri.*

Accanto al diritto formale del proprietario e alla deduzione analitica rigorosa del concetto di dominio, la legislazione austriaca ha collocato quest'altra degnità deduttiva; la quale noi crediamo che sia uno de'maggiori titoli, che caratterizzano la progressione civilizzatrice del Diritto civile moderno. Imperocchè la proprietà, come qualunque diritto, anche fondamentale della persona umana, non ha una virtù così assoluta, illimitata e incondizionata, che nella sua efficienza non incontri alcun insuperabile ostacolo e non soffra alcuna offesa o qualche perdita inevitabile, non solo nell'attrito delle fortuite contingenze, ma più ancora per

(1) Papinian. in leg. 3. § 1. Dig. *de pignoribus.*

(2) Ulpiano in leg. 54. Dig. *de regul. jur.*

alcuna delle necessità organiche del consorzio civile. Ai matematici solamente è dato, secondo che noi pensiamo, di potersi liberamente esercitare coll' analisi sovra i prodotti delle loro astrazioni; perciocchè la materia ideale loro affidata è scevra da ogni contingenza morale, superiore all'esperienza, affatto subbiettiva e immota. Ma il giureconsulto, pur rilevando de'rapporti fissi tra le attività umane, vede i termini della medesima ognora più spostantisi, e variabili di natura: egli deve rinunciare alla quiete della astrazione per agitarsi attivamente nell'osservazione della vita civile, secondo i vari ordini morali che dall'individuo si elevano alla compreensione della società e dell' incivilimento. La sua missione eminentemente pratica può essere acconciamente formulata in quell' aureo detto di Tullio: *primum hunc statuo esse virtutis conciliare animos hominum* (1). La sua missione sociale consiste appunto, non solamente nella deduzione analitica de'veri ricevuti nella patria legislazione, ma più generalmente nel combinare le discordi e contradditorie pretese, in modo che l'opera sua costi quanto meno è possibile di sacrificii. Finchè egli prendesse a base della sua deduzione il diritto individuale di una sola fralle persone contendenti, verrebbe a sacrificare la quiete e la fortuna delle altre: l' opera sua non sarebbe veramente conciliatrice: il Diritto sociale mancherebbe per lui di riuscire veramente sociale; egli non intenderebbe in cosa consista la natura finale della giuridica; la quale dal ferreo ed egoistico individualismo si eleva nel corso della civiltà a realizzare gradatamente un sempre più armonico, compatto ed esteso ordine morale, dove le attività dei singoli cittadini ottengono e una più larga libertà, ed una più sicura e pacifica convivenza. Finchè egli prendesse ad unico obbietto delle sue esercitazioni il diritto della proprietà d'un dato individuo, egli verrebbe colla deduzione geometrica ad escludere ogni rapporto estrinseco, a rompere ogni vincolo civile; *pereat mundus*, direbbe, ma sia sacro questo diritto: il proprietario usi ed abusi di questa sua libertà, non si commova di qualunque male possa derivare agli altri cittadini; la sua deduzione sia esatta, e non gli importi se nel suo cammino rompa ogni rapporto vitale colla società niegandole i tributi, colla famiglia togliendo gli alimenti ai figli, cogli altri cittadini offesi dall'occultezza e dall'esosa esclusività del suo diritto. Ma il senso profondo della carità cittadina e famigliare, l'intuizione diretta dell'equità, che non è altro che un sentimento che sospinge la giuridica ad uscire dall' efferato egoismo e ad allargarsi in un più capace ordine morale, tutta la vita sociale che risulta da una coefficenza di varie leggi che la libertà individuale delimitano per la formazione organica della civiltà, tutti questi fatti e queste leggi contrastano al giureconsulto di restringersi nella sfera dell' individualismo; ma lo eccitano ad educarsi ad un senso più pratico, cioè più comprensivo di tutte le realità civili.

(1) Cicero, *de offic.* lib. 2 cap. 5.

Onde avvenne che i Legislatori tedeschi incominciarono a limitare l'esclusività dei diritti reali cadenti sulla proprietà fondiaria, costringendo con quel loro sistema tavolare la libertà dei privati a promulgare i suoi atti in pubblico; affinchè i diritti privati non venissero a collisione per causa dell'occultezza e simultaneità loro; affinchè dall'una parte i terzi non fossero allettati dall'utilità economica in modo incompatibile coll'elemento eterogeneo della condizione giuridica. E ciò che essi fecero per tutti i diritti reali cadenti sugli immobili, fecero pure i francesi relativamente alle ipoteche, le quali senza l'iscrizione non si vollero efficaci contro i terzi. Ed ecco trovata una gravissima limitazione alla libertà del proprietario e del creditore, per cui il loro diritto non ottiene l'efficienza reale, se non impronta per così dire gli immobili della loro destinazione giuridica.

Da questa limitazione, per l'efficienza dello stesso principio metodico, deriva quel secondo principio pratico che noi qui esaminiamo. Essendochè tra il proprietario che rivendica e toglie al possessore la proprietà del fondo ipotecato, e il creditore che ha interesse a conservare la sua garanzia, ci ha un conflitto d'interessi che la deduzione semplice dal concetto formale ed astratto della proprietà non può appianare e comporre. Il sistema tavolare fu imaginato anche per evitare questa collisione: in quanto che, obbligando il proprietario ad inscrivere il suo diritto anteriore all'ipoteca, e solo a questa inscrizione avendo attribuito la realità della sua pretesa, e l'esercizio del suo dominio in confronto ai terzi, ne veniva che il creditore ottenendo l'ipoteca potea ne' pubblici libri conoscere la condizione precaria o temporanea del diritto del possessore, e quindi potea conoscere quanto fosse mal sicura e fallace la base della sua ipoteca. Nel sistema tavolare adunque il diritto del proprietario a rivendicare la sua proprietà, o a far risolvere la proprietà dell'attuale possessore, essendo condizionato all'inscrizione, non può essere efficace se non fosse inscritto: e quindi il creditore ipotecario, se quel diritto era inscritto, deve rispettarlo, e la sua ipoteca s'estinguerebbe, estinguendosi il diritto del suo datore; ma se la causa risolutiva non fosse stata inscritta, e il creditore all'atto che otteneva un'ipoteca dal possessore non l'avesse conosciuta, egli non può perdere il suo diritto; perchè il diritto del rivendicante in di lui confronto non sarebbe veramente reale e quindi efficace. Ma questo diritto non si volle in tal caso efficace contro i terzi, precisamente perchè si volle proteggere la buona fede dei terzi, comunque la deduzione analittica dal diritto del dominio fosse per sè verissima; e questa buona fede non si volle altrimenti proteggere, se non perchè il principio sovrano derivativo di tutto il Diritto civile, il principio della *coesistenza*, predicato da Kant a fondamento della odierna filosofia pratica, imponeva ai legislatori questo civile temperamento al formalismo della libertà e della proprietà individuale. (1) Però siccome

(1) Questo principio fondamentala della giuridica insegnato da Kant è pur famigliare al

il sistema tavolare non è presso di noi attivato, si disputa se quel secondo principio pratico, desunto dal § 468 del nostro Codice civile, si potesse presso di noi invocare ed adoperare in beneficio del creditore, che non avesse conosciuto o non avesse potuto conoscere la precedente causa risolutiva del dominio o del godimento del suo datore.

Degli Sforza lo nega (1): Carozzi (2), Basevi (3) e Mattei (4) non dubitano che sia veramente applicabile. Dice il primo: che la legge si riferisce a quella cognizione che il creditore potrebbe avere secondo il sistema tavolare. Questo è vero; ma resta a chiedere se in difetto di questo sistema quel principio deduttivo non sia veramente d'alcuna pratica utilità in queste provincie. Ed egli soggiunge, che il principio riportato nel § 468 fondandosi *sulla sola esistenza delle tavole provinciali*, deve essere riguardato come una semplice eccezione alla massima universale di ragione (cioè al principio formale del *nemo plus juris transferre potest*) *pel fine meramente politico*, onde allontanare molte liti, ed agevolare ed assicurare maggiormente gli atti di commercio (5). Ma, per le cose che abbiamo ora discorse, non possiamo ammettere che solo una ragion politica, in quanto si consideri estranea alla ragione universale della giuridica, abbia limitata la libertà del proprietario, sommettendolo all'inscrizione tavolare. Degli Sforza non vidde quello che noi andiamo dicendo e ripetendo, come sia dell'essenza civile d'ogni diritto reale di avere una esteriore dimostrazione, sia che essa si ottenga col criterio generale del reggime delle tavole provinciali, o delle trascrizioni e inscrizioni ipotecarie, sia che si ottenga col criterio parziale della tradizione, del possesso materiale, o coll'apparato dei documenti: come abbiamo pur diffusamente mostrato nel precedente § (6). Non vedendo egli questa ragione intima all'essenza d'ogni diritto reale, ragione essenzialmente giuridica, non potea nemmeno sospettare che il secondo principio pratico consecrato nel § 468 del Codice civile potesse ottenere alcuna utilità pratica, anche ne'paesi ove mancasse il sistema tavolare. Non è dunque insuperabile per sè stessa quella sua obbiezione, per cui egli dice che, non essendo il proprietario obbligato ad inscrivere la sua causa risolutiva del dominio, egli conserva il suo diritto, comunque il creditore non avesse potuto conoscerla appunto per la deficienza di siffatta inscrizione. Imperocchè questo corollario è parziale e da limitarsi a questa sola circostanza; ma non si può estendere agli altri casi, in cui il credi-

tedeschi, come si può vedere in Zeiller nel suo *Comento al Cod. civ. aust.* specialmente sotto il § 305, o nell' opuscolo di Schuster: *dell'alienazione della stessa cosa a due diverse persone.*

(1) Degli Sforza *Dir. di pegno* cap. 5, § 19, num. 15. pag 90-96.

(2) Carozzi, *giurisprud.* tom. 10 pag 212, num. 19.

(3) Basevi, *annotaz.* al § 468. Codice civ. austriaco.

(4) Mattei, al § 468, num. 12. Codice civ austriaco.

(5) Degli Sforza, ibid. pag. 92. Argomento adottato per la stessa conclusione negativa da Rotondi, in notis all'Ellinger, *Man. del Dir. civ. aust.* § 468.

(6) § XIII, num. 8-12.

tore non avesse potuto conoscere quella limitazione in verun altro modo. Egli non ci dimostra la ragione della sua negativa, se non se disconoscendo e ignorando la vera ragione intima che informa il sistema tavolare, e suggerisce l'attuabilità del principio pratico consecrato nel § 468 del Codice civile. Però non dobbiamo dissimulare che nel sistema imperfetto che regge queste nostre provincie l'applicazione di quel principio è pericolosa alquanto: ed è solo possibile quando lo si trasformi nel principio superiore che lo determina: che cioè la buona fede del terzo sia titolo sufficiente a proteggerlo contro l'anterior proprietario. Ma come si potrà comprovare la legittimità di questo principio? Con qual criterio, con quali condizioni si dovrà preferire alla deduzione del principio formale della proprietà la deduzione più complessa, che tiene conto della buona fede de' terzi? Queste ricerche non sono nuove se dovessimo rispondere secondo il Diritto romano, come vedremo in alcun caso che esamineremo in appresso: poichè gli antichi qualche volta protessero la buona fede dei terzi contro il diritto formale del proprietario. Sono però nuovissime nel Diritto francese, i cui giureconsulti non hanno alcun riguardo a questo elemento pratico; ma s' attengono rigorosamente alla deduzione analitica del diritto formale del dominio, come pur vedremo in avanti.

**2.** In due diverse occasioni potrebbe il creditore essere ammesso ad allegare la sua buona fede, e con essa difendersi contro il proprietario, che avesse rivendicato l'immobile dal possessore, che gli ha concesso sul medesimo un'ipoteca.

La prima si verificherebbe allorquando il proprietario stesso fosse stato in colpa, ossia per la sua negligenza avesse reso impossibile al creditore cauto e prudente di poter conoscere in tempo utile il suo diritto. Noi limitiamo in questo modo la disposizione del § 468 del Codice civile; perciocchè quando il proprietario antico avesse acquistato e conservato il suo diritto risolvente e poziore di quello dell'autore dell'ipoteca, secondo le regole della ordinaria prudenza, egli non sarebbe responsabile del danno dei terzi. Non essendo egli obbligato, e non potendo nemmeno, quand'anche il volesse, inscrivere il suo diritto nei pubblici libri, egli non può essere accagionato se il creditore e i terzi non avessero potuto d'altronde averne cognizione. Il legislatore dovea provvedere coll'instituzione tavolare a procurare ai terzi questa cognizione di fatto; ma finchè non c'è modo alcuno per appalesare in pubblico il di lui acquisto e il diritto risolutivo, il rivendicante non è pur tenuto in faccia ai terzi, e non deve rispettare il loro diritto più di quello che non sia tenuto rispettare le opposizioni del possessore.

In mancanza del sistema tavolare tocca al creditore di accertarsi della condizione giuridica del fondo esibitogli a garanzia, in qualunque modo migliore, ma specialmente coll'attenta ispezione dei titoli giustificativi del

dominio. Però non gli basterebbe nemmanco che egli provasse di non aver potuto vederli tutti, o di non avere in qualunque modo potuto prendere cognizione della futura causa risolutiva. Questo non basterebbe, diciamo, perchè il diritto della proprietà e dell'usufrutto, e delle altre limitazioni e compartecipazioni reali, esclusa l'ipoteca, possono essere concesse e durare, anche senza alcun apparato preciso e formale di documenti. Ma il creditore in questo caso della incolpevole sua ignoranza potrebbe andare assolto, quando provasse che il proprietario avesse fatto in modo che il suo diritto fosse sconosciuto al pubblico, colla diretta intenzione di allontanare ogni sospetto che il pubblico venisse in cognizione del suo diritto acquistato. Egli non è certo obbligato per le leggi vigenti a promulgare i suoi negozii: ma non è solo per il sistema tavolare che il nostro Codice civile stabilisce questo principio pratico, condizionato colla colpevole negligenza del proprietario e l'incolpevole buona fede del creditore; ma lo consacra eziandio in altre occasioni. Nel § 367 dice che la rivendicazione delle cose mobili non ha luogo contro il possessore di buona fede, allorchè provi d'averla acquistata o a pubblica asta, o da persona abilitata a tale commercio, o a titolo oneroso da alcuno, a cui dallo stesso attore sia stata affidata ad uso, in deposito od a qualunque altro fine. E nel § 456 stabilisce questo identico principio in riguardo al pegno di cosa mobile. Donde inferiscono Zeiller (1), Nippel (2), Winiwarter (3) e Mattei (4), che questa disposizione di legge ha per motivo la colpevole inavvedutezza e negligenza nel proprietario, che ha fatto nascere nella terza persona, che acquistò un diritto sulla cosa, la presunzione legale che al detentore competesse il diritto di proprietà sulla cosa stessa; epperciò deve a sè medesimo attribuire come a causa efficiente la perdita o la diminuzione della proprietà sua.

Questo medesimo principio, come universale della deduzione giuridica tra le pretese contraddittorie di cui parliamo, si può dunque invocare anche nell'assenza del sistema tavolare. Imperocchè l'essenza d'ogni proprietà, d'ogni diritto reale, importa che appajano come tali in pubblico, affinchè il pubblico li rispetti. Può egli vendere il suo fondo con una privata scrittura, che serva all'acquirente di titolo giustificativo del suo possesso; ma se egli in un'altra scrittura pattuisce la riserva del dominio in garanzia del prezzo, darebbe indizio di frode, poichè avrebbe emesso due documenti contraddittorii: l'uno del contratto di vendita puro e semplice, il cui effetto naturale è di trasferire la proprietà della cosa venduta, salva l'azione creditoria pel prezzo (§ 1063 Codice civile); l'altro della riserva del dominio, che egli adopererebbe in danno dei creditori raggirati dall'acquirente, e forse anche colla sua collusione.

(1) Zeiller, al § 367, Cod. civ. aust.

(2) Nippel, ai §§ 367 n. 1 450. n. 2 Cod. civ. aust.

(3) Winiwarter, Dir. civ. aust. tom. 2. § 72.

(4) Mattei, al § 156, n. 15. Cod. civ. aust.

Ritengasi dunque questa prima nostra conclusione, che ognivolta che ci ha una colpevole negligenza nel proprietario rivendicante, il creditore può difendersi colla sua buona fede: il che fu pure giudicato nella seguente causa.

Ignazio Spardi procuratore di Antonia Brasa Piggetti coll'istromento 21 giugno 1816 avea comperato una casa, ma in proprio nome. Colla sentenza 25 novembre 1828 fu giudicato che l'acquisto era stato fatto nell'interesse della Piggetti. Durante questo giudizio lo Spardi avea ipotecato lo stabile in favore di sua moglie Antonia Brasa Spardi in garanzia di sue ragioni dotali: costei protestavasi ignara che quello stabile appartenesse alla Brasa Piggetti. La proprietaria domandò in confronto della creditrice che la sua ipoteca fosse nulla, e quindi da cancellarsi. Il Tribunale di prima istanza di Milano colla sentenza 9 gennajo 1846 assolse la rea convenuta, purchè giurasse sulla circostanza decisiva di non essere ella stata edotta che l'acquisto del marito fosse simulato.

I motivi di quel giudicato confermano le nostre conclusioni.

« La sentenza 25 novembre 1828 ha stabilito dei rapporti reciproci di obbligo e di diritto esclusivamente in confronto delle parti, in di cui contesto venne la sentenza medesima pronunciata, e non ha potuto in alcun modo pregiudicare i diritti del terzo.... Estranea la convenuta a quel giudicato, i relativi effetti non ponno averla riguardata, talchè indipendentemente dal medesimo devono essere esaminati i rispettivi diritti delle parti. »

« E presa la contestazione sotto questo aspetto, il tribunale ha osservato, non essere contradetto dall'attrice, che il defunto Ignazio Spardi abbia in proprio figurato nell'istromento 21 giugno 1816 come acquirente degli stabili, che solo con un posteriore giudizio furono dichiarati di proprietà dell'attrice; come non è contradetto che all'appoggio di detto titolo di acquisto siasi lo Spardi fatto intestare nei pubblici registri del censo. *Tutti i diritti pertanto che dal terzo insciente dei particolari accordi tra l'attrice e lo Spardi si acquistarono sullo stabile stesso, e quindi anche quelli d'ipoteca, devono ritenersi validamente acquisiti;* in caso diverso illusorie sarebbero le leggi di assicurazione ipotecaria, e resi affatto incerti i diritti contrattuali. Un argomento di analogia si ha nel disposto del § 456 del Codice civile, in cui si dichiara che contro il possessore di buona fede non può aver luogo il diritto di ripetizione del pegno per parte di chi ne è proprietario, essendo questi obbligato o d'indennizzare il possessore del pegno, o di rinunciare al medesimo, salvo il suo diritto di risarcimento verso il costituente. La convenuta inscriveva le proprie ragioni dotali sugli stabili di cui si tratta, sulla fede dei pubblici registri censuarj, che dinotavano come di essi fosse legittimo possessore il marito, e *sulla fede ben anche di un pubblico istromento,* che dichiarava dei medesimi assoluto padrone lo stesso marito; e quindi acquistava il diritto di pegno nei sensi del § 451 del Codice civile, che non potea estin-

guersi, se non in altro dei modi stabiliti dai successivi §§ 467, 468 e 469. La stessa convenuta quindi, che dovea legittimamente ritenere che, per essersi il di lei marito uniformato a ciò che la legge prescrive per l'acquisto della proprietà, ne fosse divenuto il legittimo padrone, e che nell'inscrivere i proprii crediti dotali su tale proprietà si attenne alle norme tracciate dalla legge per l'acquisto del diritto reale di pegno, ed onde non essere tratta in inganno sul modo della conseguita assicurazione non può essere esclusa da siffatto diritto assicurativo dell'attrice, che più tardi in confronto del figurato proprietario ottenne la giudiziale dichiarazione, di proprietà in lei degli stabili colpiti dal suddetto vincolo. E non le può tanto più nel caso concreto, in cui *l'attrice stessa concorse col fatto proprio all'inganno dei terzi*; siccome è provato per la stessa sua dichiarazione, che essa medesima, a causa delle critiche sue circostanze di famiglia, *acconsentì, che proprietario degli stabili, di che si tratta, divenisse, comunque in apparenza, lo Spardi;* in apparenza però unicamente nei rapporti fra essa attrice ed il compratore; ma realmente in faccia ai terzi, rapporto ai diritti che possono aver acquistato, perchè esaurite tutte le condizioni, che all'acquisto del diritto di proprietà dalla legge si richiedono. *L'attrice pertanto deve a sè stessa imputare*, se, correndo la fede dello Spardi, si esponeva alle conseguenze di un atto incauto e con poca previdenza consumato; e deve poi a sè stessa imputare tanto più le conseguenze del ritardo frapposto all'esercizio dei proprii diritti verso lo Spardi ».

« Se non che tutto ciò reggeva, in senso del tribunale, nel supposto che la convenuta *fosse insciente all'epoca della praticata assicurazione ipotecaria, che gli stabili, su cui veniva attivata, fossero di proprietà dell'attrice;* ma avendo questa preteso in petizione, che la convenuta stessa fosse pienamente conscia, che dal di lei marito non erasi acquistato lo stabile di che si tratta che quale sottomessa persona di essa attrice, e che lo stabile fosse di di lei pertinenza, e deferito su questa circostanza alla convenuta il giuramento decisorio, il tribunale ha ritenuto: che *questo fatto fosse di una decisiva influenza, perchè suppostane la verità cesserebbe d'avere effetto un'assicurazione che scientemente fu praticata su enti di altrui ragione, e senza un titolo atto ad attribuire un diritto* (1) ».

La buona fede del creditore però non basta, giova ripeterlo, ma si richiede una colpevole negligenza nel proprietario rivendicante, in quanto a bello studio avesse tenuto occulto il suo acquisto, o la riserva del suo dominio, in modo che i terzi non potessero accorgersene in tempo utile. Lo spirito delle legislazioni antiche e moderne, che diniegano la realità agli acquisti non accompagnati dall'occupazione materiale della cosa, dalla tradizione vera o simbolica della stessa, non mirò ad altro scopo

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano anno 5. 1855, num. 124. Non consta che si sia interposta l'appellazione.

fuorchè a quello di non concedere diritto reale alcuno senza una pubblica dimostrazione del medesimo. Il niegare la realità dell'acquisto è press' a poco lo stesso che il niegare la realità della ritenzione nel caso della clausola risolutiva, quando nell'uno o nell'altro caso la persona che pretende il diritto reale può attribuire a sua propria colpa di non aver corredato delle debite formalità il suo diritto. Noi non crediamo che ci sia differenza tra questo caso e quello dell'acquisto della proprietà colla tradizione, di cui parlammo a lungo nel precedente §. E in ambedue i casi diciamo e concludiamo che nel conflitto tra più pretendenti ad uno stesso immobile sarà a preferirsi quella *parte che a parità di circostanze fosse meno imputabile di negligenza e di colpa;* poichè tutti i cittadini devono concorrere a realizzare il ben pubblico nel miglior modo possibile: *cum non agens,* diremo noi d'ambedue le parti con Giulio Cesare Calvino, *cum non agens quod facere potest, ut quilibet alius diligens paterfamilias fecisset, dicatur in culpa et negligentia* (1).

Ma bisogna distinguere accuratamente tra il proprietario e il creditore; chè il primo non può essere posposto, se non nel caso di dolo, di colpa, o di latissima negligenza: *magna negligentia culpa est*, disse Paolo (2); per il creditore invece si deve dire, che non meriterebbe riguardo alcuno quando coll'ordinaria diligenza avesse potuto conoscere il diritto del terzo, e la temporaneità del diritto del suo datore. Imperocchè il creditore deve fondarsi sulla propria buona fede, e la buona fede non può provarsi o non essere attendibile dove ei ha una negligenza nell'osservanza di quelle pratiche che sono necessarie se non altro ad indurre la persuasione sulla legittimità del diritto che si intende d'acquistare. *Ius civile vigilantibus scriptum est* (3): *non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis* (4): *culpam esse cum quod diligenter provideri potuerit, non esset provisum* (5); *quod quisque ex sua culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire* (6). Il creditore non potea atteggiarsi in una completa apatia di ciò che saria posteriormente accaduto; egli sapea o dovea sapere che in diritto non ci può essere ipoteca dove non ci ha dominio o un diritto analogo; egli dovea cercare ed esaminare diligentemente tutti i documenti giustificativi della proprietà per una serie di tempo anteriore abbastanza antico, per accertarsi che il debitore fosse vero ed assoluto proprietario. Se egli non si avesse preso questo fastidio, io credo che la sua fiducia nella legittimità del suo diritto non sia sufficiente ad amminicolare quella buona fede di cui parliamo. Conciosiachè il § 326 del Codice civile definisca la buona fede *una credenza per mo-*

(1) Calvin, *de æquitate*, lib. I. cap. 30. num. 93.

(2) Leg. 226. Dig. *de verbor. signific.*

(3) Scevola in leg. 24. Dig. *quæ in fraud. credit.*

(4) Paolo nella leg. 16. Dig. *ex quibus causis major*. Così Gajo nella leg. 8. Dig. *de damno infecto*.

(5) Paolo nella leg. 31. Dig. *ad leg. aquil.*

(6) Pomponio nella leg 203. Dig. *de regul. juris*.

*tivi verosimili.* Ma quale può essere motivo verosimile per credere che una cosa appartenga al debitore, se non l'apparato dei titoli di provenienza della proprietà stessa?

Coll'autorità di questo § e delle leggi romane testè allegate, crediamo inaccettabile l'opinione di Basevi ove dice che alla buona fede basti la sincerità dell'intenzione, e che non la si potrebbe ritenere alterata per una semplice negligenza (1). La sincerità dell'intenzione può bensì iscusare dalla taccia di mala fede: ma alla buona fede, almeno in quanto si voglia produttiva di civili effetti, deve aggiungersi l'ordinaria diligenza, il motivo verosimile, che sia materia d'una iscusabile persuasione, ovvero la iscusabile ignoranza d'un fatto (2).

Nè accetteremo l'opinione dello stesso Basevi (3), di Carozzi (4) e di Mattei (5); i quali interpretando il § 468 del Codice civile estendono l'efficienza del principio pratico della buona fede oltre ogni limite razionale: in quanto che assolverebbero il creditore dalla pretesa risolutiva del terzo, solamente nel caso che gli fosse positivamente nota l'anteriore causa dello scioglimento del dominio, e quindi della sua ipoteca. La qual'opinione sarebbe un diretto corollario della precedente che abbiamo confutata: che cioè la buona fede del creditore potrebbe essere allegata e potrebbe riescire decisiva solamente colla sincerità dell'intenzione, e non possa essere menomata dalla negligenza. Noi non perderemo parole per constatare la verità della contraria nostra conclusione: come quella che è basata sopra nozioni affatto elementari.

Ci resta ad esaminare la seconda occasione in cui il creditore può utilmente allegare la sua buona fede, anche contro il terzo, che non avesse alcuna colpa circa l'occultezza del suo diritto: e questo caso avverrebbe quando in questo conflitto d'interessi il creditore sarebbe in ragione della sua buona fede preferito a chi domanda la risoluzione del dominio e dell'ipoteca, in virtù del principio eminentemente morale: *qui agit de damno vitando præfertur ei qui agit de lucro captando.* Del qual principio vedremo tosto l'applicazione.

**4.** Inerendo alla superiore distinzione sulle diverse cause per le quali può risolversi il dominio, incominciamo da quella, la quale lo sciorrebbe in modo che l'espropriato sembrerebbe non aver mai avuto sulla cosa alcun diritto di dominio. La qual cosa può avvenire in due modi: o per la mancanza assoluta d'ogni diritto alla cosa stessa, o per un qualche difetto per la conveniente sua dimostrazione. Questa gradazione tra l'essere e il non essere del dominio è rappresentata dall'antica distin-

(1) Annotazione al § 326. Cod. civ. aust.

(2) Winiwarter, Dir. civ. aust. vol. 2. § 145, conviene nella nostra opinione.

(3) Annotaz. al § 468. Cod. civ. aust.

(4) Carozzi, *giurisprud.* tom. 10. pag. 215 num. 19.

(5) Mattei, al § 468, n. 12. Cod. civ. aust.

zione del ***possesso*** e del ***dominio***. Se non ci ha nemmeno un' apparenza di dominio, si dice possesso ***naturale*** o ***materiale***. Se questo possesso non è nemmeno creduto dominio dal possessore, si dice possesso di *malafede*. Se al contrario il possesso è creduto da essolui qual verace dominio, e si dice di *buona fede*, allora ha tutti i caratteri comuni al dominio, salvo che è più apparente che reale; e noi lo diressimo la proprietà putativa, in confronto della proprietà vera, la quale si possa conservare per un più squisito apparato di prove circa la sua derivazione giuridica. Tanto il proprietario, che il possessore, possiedono realmente, e possiedono *animo domini*: sì l'uno che l'altro possono disporre dell'apparente o reale diritto: ma tutta la differenza non è tanto nella natura subbiettiva od obbiettiva del diritto, quanto nell'apparato, come dissimo, più o meno squisito delle prove e dei titoli che giustificano la sua derivazione nella serie dei commercii privati (1). Da qui nasce che si dice possessore colui che si presuppone non poter riuscire nella conveniente dimostrazione, epperciò può essere spodestato dalla materiale occupazione della cosa. In questa emergenza poniamo la prima tralle varie cause risolutive del dominio, che veniamo a classificare e ad esaminare nell'interesse de'creditori ipotecari.

Però, per ciò stesso che il possessore non potrebbe conservare a perpetuità il suo possesso contro un più fortunato pretendente, finchè non è molestato da alcuno, può liberamente disporre delle cose possedute, come fosse un vero proprietario; quindi può sottometterle ad ipoteca. La validità di questa non dipende dalla prova rigorosa del dominio; ma basta che colui che la costituì avesse potuto in qualche modo disporre dell'utilità delle cose sue. Gli antichi interpreti concordemente insegnarono abbisognare soltanto che la cosa che si ipoteca sia *appartenente* a colui che la costituì (2): e Gaio avea detto che si potesse ipotecare ciò che il debitore *in bonis habuit* (3). E questo *essere nei beni* ci è spiegato da Ulpiano: *in bonis autem nostris computari sciendum est non solum quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur* (4). Nè diversamente risponde Modestino: *rem in bonis nostris habere intelligimus, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus* (5). E Pomponio egualmente: *verbum illud pertinere latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quæ dominii nostri sint, et eis, quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii* (6).

(1) A noi sembra che con questa semplicissima osservazione si possa caraterizzare la differenza tra il possesso e il dominio: comunque la cosa possa sembrare assai più imbarazzante leggendo Nippel *Comento* al § 306, n. 5. del Cod. civ. aust., e Winiwarter Dir. civ. vol. 2. § 61.

(2) Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 3. num. 4. 7. Holoman, in Dig. *de pignorib. et hyp.* Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 2. num. 1-4. Pothier, *pand. riord.* tit. *de pignorib.* num. 11.

(3) Leg. 9. Dig. *de pignorib. et hyp.*

(4) Leg. 49. Dig. *de verbor. significat.*

(5) Leg. 52. Dig. *de adquir. rerum domin.*

(6) Leg. 181. Dig. *de verbor significat.*

Concessa un'ipoteca sopra un immobile, di cui il costituente non avesse che un semplice possesso, Paolo avea posta questa regola: *si ab eo qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tuetur me per servianam Prætor, quemadmodum debitorem per publicianam* (1). La qual formula tradotta suona così: data un' ipoteca dal semplice possessore, il creditore ipotecario difende la sua ipoteca, come il possessore il suo possesso. L'ipoteca per tal modo si estende e si mantiene efficace, contro qualsiasi successivo possessore o avente causa dal costituente, oppure contro un pretendente con un possesso più debole (2).

Ma non risponderemmo ugualmente nel caso che il vero proprietario rivendicasse l'immobile e chiedesse la caducità dell' ipoteca. Chè allora funzionerebbe o il principio formale del dominio, per cui nessuno può avere un diritto più forte di quello che spettava al suo datore, o il principio pratico della buona fede del creditore, quando fosse temperato nei due modi che mostrammo di sopra. In virtù del principio formale il creditore sarebbe superato dal vero proprietario (3), o da un'altro possessore di buona fede non avente causa dal suo datore, ma che avesse un'eguale o più efficace diritto; come avverrebbe nel caso che due diverse persone avessero comperato il fondo da due diverse persone: l'attual possessore vincerebbe gli altri per quella regola: *melior causa sit possidentis quam petentis* (4).

Queste dottrine sono comuni alla legislazione austriaca, perchè tradotte nei §§ 372 e 374 del Codice civile. Il primo di essi importa che se l'attore non riesce nella prova dell'acquistata proprietà della cosa detenuta da un altro, ma prova il titolo valido e il modo non vizioso dell' acquistato possesso, dovrà riguardarsi come il vero proprietario rispetto a qualunque possessore, il quale non produca alcun titolo del suo possesso, o soltanto uno più debole. E nel secondo è pur detto: quando l'attore e il reo abbiano un egual titolo del loro possesso non vizioso, il reo in forza del possesso deve preferirsi. E nel § 329 si stabilisce che il possessore di buona fede può, per la sola ragione del possesso di buona fede, usare ad arbitrio della cosa che possiede, consumarla ed anche distruggerla; donde inferisce Ellinger che possa anche sottometterla a pegno (5).

Nel caso che l'attual possessore non avesse causa dal possessore che costituì l'ipoteca, e si difendesse colla realità dell'attuale suo possesso, il creditore potrebbe vincerlo e realizzare sopra di lui la sua ipoteca, in

(1) Leg. 18. Dig. *de pignor. et hyp.*

(2) Negusant. *de pignor.* par. 2. mem. 3. num. 7. Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 12. Coccejo, *jus civ. controv. de pignorib.* quæ. 11. Richeri, *Jurisprud.* vol. 9. § 1401.

(3) Arg. della leg. ult. Dig. *de publician. in rem. act* M. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 2. n. 31. Salgado, *labyr. credit.* par. 2. cap. 9. num. 80.

(4) Ulpian. in leg. 9. § 4. Dig. *de publician. in rem. action.*

(5) Ellinger, manuale del Dir. civ. aust. al § 329.

quanto che egli per la sua ipoteca potrebbe adoperare le ragioni possessorie del suo datore: nel che, come disse Paolo, la sua azione ipotecaria sarebbe in effetto non dissimile dall'azione publiciana o possessoria del suo datore. Questo è ciò che abbiamo detto: egli può addurre tutte le ragioni che competevano al suo datore. Ma dobbiamo aggiungere. Il creditore può egli fondarsi nella propria buona fede contro l'attual possessore, può egli allegare il principio pratico che abbiamo detto competergli in qualche caso? Non vediamo che nol possa in qualche caso; perchè l'attual possessore, che rivendicò il possesso dal di lui datore per un titolo prevalente, non sarebbe in diversa condizione del vero proprietario o di colui che esercitò un diritto risolutivo. In quei casi che costui per la propria negligenza colpevole avesse dato causa all' errore invincibile del creditore, non crediamo che il di lui possesso debba essere rispettato. La posizione di fatto è identica; non dissimili devono essere gli effetti giuridici.

5. Altro de'più frequenti casi di proprietà putativa, che può essere disciolta dalla sopravenienza del vero padrone, è quella dell'erede putativo; il quale ottenne il possesso dell'eredità in grazia del decreto d'aggiudicazione, e poscia lo perdette, perchè sopravenne un'altro erede, il quale con un titolo più forte rivendicò la eredità ed ottenne alla sua volta l' aggiudicazione.

Proprietario è costui della massa ereditaria e dei singoli oggetti che la compongono, in virtù del decreto d'aggiudicazione posteriore a quello dall'erede putativo ottenuto; la di cui efficacia s'intende essere cominciata colla morte di quegli che ha lasciato l' eredità (§ 536 Codice civ.), con un diritto esclusivo in riguardo a qualunque altra persona, che un simile diritto si arrogasse (§ 832). Se il putativo erede avesse pur egli ottenuto l'aggiudicazione dei beni del defunto, il vero erede che sopragiunge ricupera nondimeno il suo diritto (§ 823); colla virtù del quale distrugge ogni pretensione dell' antecedente possessore, perchè ha con esso una causa *preesistente*, *necessaria* e *reale*.

In grazia del principio formale che nessuno può in altri trasferire un diritto maggiore di quello che abbia egli stesso, caducato il diritto del putativo erede, cadrebbe insieme l'ipoteca da essolui stipulata in favore del terzo. Tuttavia riescirebbe troppo affrettata e inattendibile siffatta conclusione, ove non si desse considerazione anche alla autorità del secondo principio, pel quale alla buona fede del terzo bisogna prestare attenzione. Se il creditore non seppe, o non poteva prudenzialmente conoscere che la eredità dovesse essere tolta all' erede apparente, allora deve egli essere protetto nella conservazione degli acquistati diritti.

In questo luogo può invocarsi il principio della buona fede del terzo, però chè si verifica quella condizione che dicemmo: che cioè tra i due contendenti ad una stessa cosa, la buona fede dell'uno vince il di-

ritto formale dell'altro, allorquando il primo tende a schivare un danno, il secondo ad ottenere un lucro. Questo principio era pure non che conosciuto, caldamente raccomandato dagli antichi, con queste auree sentenze. *Et sane probabilis hæc sententia est*, disse Paolo, *quam quidem et Julianus sequitur: nam dum quæritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?* (1) E Ulpiano pur soggiunse: *in re obscura melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro* (2). E nel caso di collisione tra il legatario e il compratore della cosa legata, quando la si avesse dovuto vendere per sopperire alle spese funerarie, lo stesso Ulpiano non esitava a proteggere il compratore per la ragione appunto che: *melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici* (3). Solamente allora che ambedue le parti tendessero al lucro, Pomponio ricorre alla massima fondamentale della azione possessoria: *durior causa est petitoris* (4).

E questo principio d'equità non è disconosciuto nel Diritto civile austriaco; poichè nel § 373 del Codice civile tra due possessori contendenti alla stessa cosa si preferisce, in parità di circostanze, quegli che l'acquistò a titolo oneroso a quegli che l'acquistò a titolo lucrativo; perchè diceva Zeiller, interessa più generalmente di evitare i danni possibili che di procurare de' vantaggi (5).

Nel caso che abbiamo proposto non può rimanere in dubbio che questo principio sia stato applicato dalla legge positiva. Imperocchè ci argomentiamo dal § 824 del Codice civile, ove si legge. « il terzo che possiede in buona fede le cose acquistate dall'eredità nel tempo intermedio, non è risponsabile verso di alcuno » (6).

Il creditore ipotecario si può acconciamente paragonare al compratore d'una cosa speciale, in ciò che ambedue acquistano sulla cosa ereditaria un diritto reale: il quale per l'uno è la facoltà di disporre liberamente della medesima come padrone, per l'altro è facoltà di domandarne la vendita ond' essere soddisfatto del suo credito. Ambedue contrattarono coll'erede apparente, vero erede credendolo, perchè munito d'un formale decreto d'aggiudicazione. Ambedue sono muniti della soddisfacente loro buona fede, la quale essi ponno invocare e opporre a chi esercita il diritto di dominio, l'uno in virtù del § 824, l'altro in virtù del § 468 del Codice civile. Ambedue non sono protetti dalla legge unicamente per la

(1) Leg. 91. § 3. Dig. *de verbor. obligat.*

(2) Leg. 41. § 1. Dig. *de divers. reg. jur.*

(3) Leg. 14. § 1. Dig. *de religios. et sumpt.*

(4) Leg. 33 Dig. *de regul. jur.*

(5) Zeiller, comento al § 373, n. 4. Codice civ. aust.

(6) Questa legge trovasi applicata in una lite riferita nel Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia, anno I, num. 4. pag. 49, Il D. Andronico Piacentini vorrebbe in un articolo pubblicato in quel Giornale (anno 6, num. 17.) limitare il senso di quel § a ciò solo che il compratore non fosse responsale dei frutti, non già della cosa stessa. Ma egli dimostra di non comprendere bene lo spirito che domina in tutto il sistema austriaco. Veggasi conforme alla nostra interpretazione, l'Ellinger, sotto questo § 824, e Basevi, a questo § num. 6.

propria buona fede, che per sè sola non basterebbe, ove il proprietario rivendicante non fosse imputabile di colpevole negligenza. Il vero erede può per una scusabile ignoranza di fatto, perchè assente od ignaro del testamento posteriore aver tardata l'adizione. Ma la legge favorisce il terzo acquirente, perchè oltre la sua buona fede stabilisce che la causa del danno si preferisca alla causa del lucro; o per lo meno perchè il principio formale del dominio non vale contro la buona fede del terzo, se non nel caso che il proprietario venisse a soffrire un danno che non soffre il vero erede, come quegli che viene a lucrare un'eredità già preoccupata dal terzo possessore di buona fede. Però nel caso proposto la disposizione del § 824 è specialissima al Diritto civile austriaco; in quanto che la tesi proposta non otterrebbe un medesimo scioglimento se la si decidesse colle leggi romane, o colle altre legislazioni di derivazione francese.

Nel Senatoconsulto riportato da Ulpiano nella legge 20 § 6 dei Digesti, *de hereditatis petitione*, si provvide alla buona fede dell'erede putativo in questo, che se egli avesse alienato una cosa ereditaria, non fosse tenuto nemmeno a restituire il prezzo, se non nella misura che se ne fosse arrichito. Il possessore dell'eredità di malafede al contrario era tenuto a restituire o le cose stesse o il *quanti interest* (1). In riguardo alla persona che avesse comperato una cosa speciale dell'eredità dal possessore di buona fede, non si domandava qual diritto gli cagionasse per avventura la di lui buona o sinistra fede. Di regola egli era tenuto e sottostava all'azione vendicatoria spiegata dal vero erede. Però alcune eccezioni praticamente lo proteggevano.

Prima di tutto ostava la eccezione pregiudiziale che quell'azione non si dovesse intentare se non dopo che fosse ventilato il giudizio universale della petizione d'eredità; perchè prima dovevasi conoscere del diritto del nuovo o dell'antecedente erede, e dei rapporti che potessero risultare tra di loro (2). Questa eccezione non avea luogo nel caso che il compratore non avesse azione di regresso contro il venditore; e quindi l'azione vendicatoria dovea sortire effetto. Questo è il senso del § 17 della legge 25 dei Digesti, *de hereditatis petitione*; alla qual legge Bartolo aggiungeva per corollario, che ove colla vendicatoria si consumasse anche l'azione della petizione d'eredità, non si darebbe luogo a quella eccezione: *si judicium universale per particulare consumitur, non obstat exceptio: ne ei praejudicium fiat.*

Poteva accadere che il compratore non avesse avuto l'azione di regresso, o nel caso che avesse saputo di comperare una cosa non appar-

(1) D. leg. 20. § 29, La legge austriaca dal § 824, conservò la medesima distinzione colla stessa dottrina: ma ella progredì, fecondando lo stesso principio.

(2) L. 25. § 17, leg. 7. Dig. *de heredit. petit.* leg. 1. § 1. Dig. *famil. ercis.* arg. dalla leg. 46. Dig. *de exception.*

tenente al debitore (1), o nel caso che il venditore fosse insolvente, o morto senza eredi. Nel caso che il compratore avesse avuto l'azione di regresso, si potea spiegare l'azione vindicatoria? Ulpiano non lo niega, ma neppure lo afferma espressamente. Egli ha cura però di stabilire che per questa azione l'erede putativo non sii tenuto a più di quanto sarebbe obbligato nella petizione d'eredità. Bartolo espresse chiaramente il suo pensiero. *Item emptor*, egli dice, *potest uti exceptione ex persona venditoris, ne bonæ fidei possessor teneatur ultra quam sit locupletior.*

Dunque si ammetteva l'azione vendicatoria, ma con questa seconda eccezione: che il convenuto, nel caso che avesse l'azione di regresso, non fosse tenuto a più di quanto sarebbe stato obbligato verso l'attore il putativo erede. Epperciò soggiungeva Ulpiano. *Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.* Ammettevano adunque gli antichi l'azione vendicatoria, ma solo insino a tanto che non nuocesse al diritto dell'erede putativo di buona fede; donde lo stesso giureconsulto inferiva: *certe si minori pretio res venierit, et pretium quodcumque illud actor sit consequutus, multo magis poterit dici exceptione eum submoveri.*

La qual massima generale è presupposta da Ulpiano (2), ed è consacrata da Diocleziano e Massimiamo nella legge 7 del Codice *de petitione hereditatis* colle seguenti espressioni: *hereditatis petitionem.... A cæteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit* (3).

Si vede adunque da questi documenti come le leggi romane riconoscessero bensì la buona fede dell'erede putativo, come titolo d'eccezione a difenderlo dalle pretese del vero erede, per riguardo a quelle cose che avesse consumate senza residuo vantaggio, ma che ugualmente non la compularono nel terzo compratore: e che le limitazioni introdotte all'azione vendicatoria non erano predisposte se non allo scopo di guarentire la condizione giuridica dell'erede putativo. Per questo riguardo risalta agli occhi la divergenza di quelle colla legge austriaca; la quale nel

(1) Leg. si fundum. Cod. *de evictionib.*

(2) Nella sudd. leg. 25. § 17, e nella leg. 13. § 4. Dig. *de heredit. petition*

(3) Non adotto quindi l' opinione di Troplong. *des privil. et hyp.* num. 468; secondo il quale non si sarebbe ammessa questa azione nel caso che il convenuto avesse avuto l' azione di regresso. Quel dotto giureconsulto si dimostra troppo ligio ad Antonio Fabro che nella mania di sostenere che il compratore sia in ogni caso sottomesso alla vendicatoria, cambia le parole del testo, e incolpa Triboniane quasi che avesse alterato Ulpiano, e quasi che Ulpiano dividesse i suoi capricci. Ed è pur falsa l'altra opinione che il compratore d' una cosa ereditaria speciale di buona fede, non fosse tenuto dell'azione vendicatoria per parte del vero erede, come si disse e nei motivi della sentenza 28 gennajo 1842 del Senato lombardo veneto nella causa sovra citata desunta dal Giornale di Giurisprudenza prat. di Venezia anno I. num. 4.

§ 824 protesse il compratore in virtù della eccezione personale della di lui buona fede.

In Francia il solo Merlin ha sostenuta la teorica romana della buona fede dell'erede putativo contro il principio formale allegato dall'erede rivendicante(1). Ma prima di lui Pothier, trovandosi imbarazzato nella difficoltà di provare come ed in quanto l'erede putativo si fosse arricchito col prezzo delle cose vendute, e dovesse rispondere della molestia dell'evizione del suo avente causa, tagliò di netto tutta quella teorica, cancellò il senatoconsulto romano, adottando il principio formale del *nemo plus juris* (2). Da indi la maggioranza dei giureconsulti francesi, dimisero ogni riguardo per la buona fede e l'invincibile ignoranza nell'erede putativo, e nel terzo possessore o creditore, ed ogni sospetto di colpevole negligenza nel proprietario rivendicante, non che fare attenzione all'altro principio pratico della preferenza dell'indennità alla pretesa del lucro. Non seppero, nè vollero sapere d'altro principio che del formale derivante dal concetto della proprietà individuale. Nel Codice Napoleone agli articoli 2125 e 1606 non si consacrò alcun altro principio; negli articoli 1141 e 2279 si riconobbe l'efficacia della buona fede nell'acquirente d'una cosa mobile senza un valido titolo: eppure non se ne parlò circa le cose immobili. E in proposito della quistione presente non vogliono ammettere per concludente affatto la buona fede del terzo possessore nè Grenier (3), nè Toullier (4), nè Troplong nel luogo ove dice che l'equità invano potrebbe meritare alcuna considerazione *pour faire fléchir les vrais principes* (5): questa buona fede, la quale sarebbe *tout à fait destructive du droit de propriété* (6); nel mentre che esordiva il suo trattato delle ipoteche con questa idea, che è appunto la ragion prima di questo stesso principio pratico: *mais chez les peuples que la civilisation a mis en possession du véritable droit naturel, de ce droit qui s'identifie avec l'équité, et tous les sentiments humains*.... Cosa dovea egli conchiudere? Che appunto l'equità dovesse consacrare l'invincibile buona fede dei terzi, quando si potesse attribuire al proprietario una colpevole negligenza, o si trattasse di preferire l'indennità del terzo al lucro del proprietario. Eppure conchiuse che questa equità fosse inconciliabile col diritto di proprietà, con quel ferreo ed egoistico diritto che nella sua assolutezza è possibile solo nel Diritto antisociale!

Fra i giureconsulti italiani troviamo pure Degli Sforza e Chiesi, i quali come al solito seguirono ciecamente in questo le opinioni francesi. Il primo è specialmente inescusabile, perchè rispondendo secondo il Diritto austriaco non ha veduto la speciale disposizione del § 824 del nostro Co-

(1) Merlin, quæstion. verb. héritier. § 3. 3 edition. La sua opinione fu abbracciata dalla Corte di Caen il 14 febbrajo 1814, e dalla Corte di Cassazione il 3 agosto 1815.

(2) Pothier, de la propriéte num. 429.

(3) Grenier. *hypothiques*. num. 51.

(4) Toullier, *droit. civ*. sub. art. 2125

(5) Troplong. *des priv. et hyp*. o. 468.

(6) Id. *de la vente*, num. 960.

dice civile (1). Il secondo lo è assai più, perchè risponde secondo il Diritto romano, che protegge la buona fede dell'erede, e non quella del suo avente causa: e conclude praticamente secondo il Codice civile francese, e le legislazioni ipotecarie italiane che lo imitarono (2), senza avvantaggiarsi del nostro principio pratico, che pur rappresenta una necessità metodica di quel sovrano principio della *coesistenza civile*.

**6.** Dicemmo in principio che la proprietà, come attributo della umana persona, non può essere duratura più lungo tempo della persona medesima, che ne è il soggetto. Quindi cercammo qual dovesse essere il destino dell' ipoteca nel caso che la proprietà si sciogliesse o per la morte o per l' abbandono o l' alienazione spontanea del proprietario. Se prendessimo alla lettera quel dettato, che nessuno può concedere ad altri un diritto più efficace di quello che abbia egli stesso, non verressimo noi a pronunciare colla caducità naturale del dominio anche lo scioglimento dell' ipoteca? O forse vorremo considerare il diritto di dominio come una personificazione astratta, avente una sua esistenza, una sua virtualità affatto indipendente dall'umana persona? Niuno vorrà sospettarlo, cred' io. E come avviene adunque che l' ipoteca sta, quando il dominio s' estinse per tal guisa?

L' ipoteca non può prendere nascimento se non sopra un vero e reale diritto di proprietà: non può costituirla se non colui che può in qualche modo disporre della utilità materiale del fondo. Ma costituita che sia sopra di tal base permane in tutta la sua interezza giuridica, e la proprietà sciogliendosi non la trae a ruina: perocchè si scioglie solo ed in quanto non è compressa per così dire da quel nuovo diritto reale. Il costituente può alienare la cosa sua, ma non può a suo arbitrio distruggere l' ipoteca concessa: concedendo l' ipoteca vincolò la proprietà sua, la quale resta immota e inalienabile nell' interesse del creditore; può alienare la sua proprietà, ma l' acquirente non la riceve libera dall' ipoteca: il diritto del proprietario si scioglie, ma egli non trasmette colla posteriore alienazione un diritto maggiore di quello che gli era rimasto dopo l'ipoteca: si scioglie la proprietà solo ed in quanto non presti la necessaria base all' ipoteca.

Tutti i diritti sono temporanei e perituri secondo che temporanea e peritura è la persona cui appartengono: quindi la proprietà dei valori fissi aderenti alle cose materiali, e la proprietà dei valori astratti, quali sono i crediti, sembrerebbero dover essere limitati alla durata della persona, se l' organismo della società e il Diritto naturale non attribuissero alla libertà dell' individuo un' autorità, una causalità giuridica che si protende fuori della sua cerchia mortale ad informare una

(1) Degli Sforza, *Dir. di pegno*. cap. 5. § 19, num 4.

(2) Chiesi, *sist. ipot.* num. 696. 697,

delle primarie leggi, dalle quali risulta la coesione del corpo civile. Il proprietario coll'esercizio de' contratti e dei testamenti, e la legge coll'orditura delle successioni intestate perpetuarono la proprietà in un ordine certo e costante, per cui la materia economica trascorresse come dentro un letto arginato e modulato in modo che tutta la superficie della società ne rimanesse nutrita e fecondata. Senza di questa sistemazione l'utilità e l'attività economica diverrebbero come acqua stagnante e limacciosa, corromperebbero ogni funzione produttiva e perpetuerebbero l'anarchia e la barbarie.

La libertà individuale adunque, l'anima dell'organismo civile, incarnatasi colla proprietà de' valori economici, esercita quella prima e necessaria funzione della vita civile, sorpassando le barriere della breve esistenza della vita umana. Ma in questa sua funzione non può reagire contro sè stessa distruggendo l'opera sua anteriore: l'ipoteca costituita da essa e sopra di essa permane efficace in virtù dello stesso principio; niegandola si niegherebbe la libertà stessa; imperocchè o la libertà individuale può rinunciare ad altri la proprietà sua o non lo può: se nol può, non potrebbe nemmen concedere l'ipoteca: se la concesse è perchè lo potea: se lo potea, ella è causa dell'ipoteca; ma la causalità giuridica importa la responsalità morale: il proprietario dee rispettare qualunque suo atto libero: se no, contraddirebbe a sè stesso, niegherebbe la propria libertà; per quel medesimo principio adunque che egli è libero e può disporre delle cose sue, egli deve rispettare gli atti precedenti della libertà sua: perciocchè non può più revocarli. L'ipoteca adunque permane anche dopo che il proprietario avesse rinunciato ad altri il suo diritto.

Vedremo i corollarj di questo principio nel § XLVI, ove trattiamo dell'efficienza reale dell'ipoteca.

7. Il dominio può ancora essere temporaneo e risolubile per la sua natura e derivazione, ossia per una causa anteriore indipendente dal libero arbitrio del possessore, e in virtù d'un diritto coesistente in pro' d'un altra persona. Queste cause possono darsi in molti e diversissimi casi; e cercando noi qual possa essere la durata d'un'ipoteca costituita sopra un siffatto dominio, e a fronte di queste limitazioni risolutive, dobbiamo cercare un criterio generale che ci guidi con sicurezza alle diverse soluzioni.

Il dominio dell'attual possessore che ha costituito l'ipoteca può risolversi o per una condizione risolutiva inerente, come avviene nelle sostituzioni, nei fedecommessi o in qualunque contratto o testamento o codicillo, e come avviene più sovente nel caso che il fondo posseduto si trovasse anteriormente ipotecato in favor d'un altro creditore; o per un patto di ricupera, o per la riserva d'un miglior compratore, o per il patto commissorio; o perchè la vendita o la compra del fondo fu fatta

da una persona incapace, o è soggetta a rescissione per lesione enorme; o perchè la donazione può risolversi per causa d'ingratitudine; o perchè, trattandosi d'usufrutto, può rivocarsi dal proprietario quando l'usufruttuario abusi del medesimo; o perchè finalmente la proprietà ipotecata è utile, e l'enfiteuta può essere privato dell'utile dominio per la mora nelle prestazioni de' canoni o de' laudemi.

La giurisprudenza antica e moderna è profondamente travagliata, e diremo anche, non riesci ancora a trovare un criterio chiaro e compiuto per sciogliere tutte queste ricerche: imperocchè anche le soluzioni unanimemente acconsentite sono, secondo la diversità de'casi, o negative od affermative; ma finora non si ottenne una certezza evidente per distinguere dove si debba affermare, dove bisogni negare la validità dell'ipoteca accessoria.

Dalla scuola di Bologna in poi fu imaginato questo criterio: la causa della risoluzione del dominio deve essere *preesistente* all'ipoteca, e *necessaria*.

Conveniamo pur noi che quella causa debba avere questi due attributi. Imperocchè se non fosse preesistente all'ipoteca, nè il possessore o debitore, nè i terzi possono nuocere al *gius quesito* del creditore che ha ottenuto un'ipoteca. Se la causa risolutiva non fosse anche necessaria, nascerebbe che si commettesse all'arbitrio del debitore di sottrarsi agli obblighi assunti, di offendere il diritto del creditore. Ma questa *necessità* inerente alla causa risolutiva del dominio non è sempre pura e manifesta: perciocchè talvolta dipende veramente dal debitore e possessore di non darvi occasione, come avviene nella revoca delle donazioni per l'ingratitudine, nella caducità dei livelli per l'insolvenza dei canoni. E in questo riguardo fu agitata una vivissima quistione che è tuttora incomposta tra i moderni.

Interessa quindi di trovare un diverso o un più raffinato criterio che ci guidi in questo ginepraio di controversie.

E noi lo troviamo in questo: *che la causa risolutiva del dominio debba essere, non solo preesistente e necessaria per l'ipoteca, ma debba essere eziandio reale*: cioè i terzi non possano far caducare l'ipoteca se non hanno fatto caducare il dominio per una causa reale, cioè per un diritto reale che loro spettasse prima che l'ipoteca fosse costituita.

Vediamo qual'importante applicazione veniamo a farne.

**8.** *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvi quo colligatum est* (1): la proprietà si dissolve nello stesso modo e in virtù dello stesso principio per cui s'acquista. Quella stessa libertà dell'antico proprietario, se poteva trasmettere un diritto nell'odierno possessore, poteva anche limitarlo o ad un termine o ad una condizione risolutiva. E

(1) Leg. 35. Dig. *de regul. juris.*

limitato che fosse, il possessore col solo possesso non potrebbe agognare ad un diritto maggiore, nè illudere altri; perciocchè i terzi contraendo con lui non possono accontentarsi della nuda apparenza del possesso, ma devono ricercargli la causa giuridica del medesimo, ossia il titolo; e siccome questo conterrebbe la possibile risoluzione, di questa devono farsi carico, e rispettarla in tutto e per tutto.

Avvenendo poi che si verifichi la condizione risolutiva, o scada il tempo cui fu limitata la concessione, la proprietà ritorna all'antico possessore come se non fosse mai uscita dal dominio (1): *cujus virtute*, scrive il professor Costa in riguardo al patto risolutivo, *omnia in pristinum statum sunt reponenda, ita ut uterque contrahentium nihil amplius consequatur, quam quod haberet, si contractus non fuisset initus* (2).

Il possessore perciò potrà ipotecare la sua proprietà rivocabile non per un tempo maggiore di quello, in che egli stesso potrebbe continuare a disporre della cosa. Però il principio formale deduttivo, che nessuno possa trasferire in altri un diritto maggiore, saria giovevole al proprietario rivendicante, quando la causa di risoluzione fosse contenuta nel titolo della concessione limitata, in termini così chiari ed espliciti, che i terzi consultandolo non avessero potuto coll'ordinaria avvedutezza essere tratti in errore. Perciocchè nel caso contrario potrebbe il terzo creditore invocare contro del rivendicante le disposizioni dei §§ 869 e 915 del Codice civile, ove si dice: chi per pregiudicare all'altra parte (e quindi ai terzi) fa uso di espressioni oscure o intraprende un atto simulato è tenuto al soddisfacimento. — Nei contratti bilaterali le espressioni ambigue s'interpretano contro di quello che ne fece uso.

Ben è vero che qui la legge allude solamente ai contraenti: ma il principio secondo cui dispone parmi l'identico di quello che si può invocare per la tutela dei terzi. Imperocchè la legge regolando i rapporti fra i contraenti vuol proteggere la buona fede dell'uno contro la perfidia dell'altro contraente: e nel caso nostro si tratta della buona fede incolpevole del terzo creditore, al quale si oppone il titolo che si pretende esser la causa risolutiva del dominio ipotecato; la qual buona fede, in virtù del secondo principio deduttivo da noi professato, merita ogni benigno riguardo, quando il diritto formale del rivendicante è macchiato dalla colpevole negligenza di costui. Se questi è responsabile dell'ambiguità sua verso la persona colla quale contrasse direttamente, per una ragione maggiore sarà tenuto a rispettare la buona fede dei terzi, i quali non aveano modo alcuno di difendersi dalle sue malizie, di schiarire con apposite interpellanze le sue promesse o le sue domande.

La causa risolutiva del dominio dichiarata nel titolo traslativo, oltrechè è anteriore alle ipoteche concesse dall'odierno possessore, e necessaria, cioè indipendente dalla sua volontà che abbi o non abbi luogo, deve at-

(1) § 696. Cod. civ. aust.

(2) G. B. Costa, *de retrotractione* cap. 2. num. 25.

tribuire all'alienante o lasciargli intatto un diritto reale; perciocchè egli, se avesse una semplice pretesa personale, non potrebbe molestare i terzi. Avvertenza decisiva in questo argomento, come vedremo meglio in seguito. Quindi qualunque patto o qualunque incarico, che si ingiungesse all'aquirente in un contratto oneroso, non s'intenderebbe avere la virtualità della condizione, secondo che dispone il § 901 del Codice civile; il quale richiede in proposito una dichiarazione espressa (1); in contrario di ciò che dispone l'articolo 1184 del Codice Napoleone, per cui la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione; e l'effetto di questa condizione, secondo il precedente articolo 1183, è quello di rimettere le cose nel medesimo stato come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo (2).

Però nelle donazioni, come negli atti d'ultima volontà, pei combinati §§ 901 e 709 del Codice civile, il semplice incarico si considera come condizione risolutiva: per tal modo, valendoci d'un esempio addotto da Troplong, se Pietro dona a Cajo un immobile col patto che edifichi una cappella sopra il medesimo, e se il donatario non vi si presta, la risoluzione della donazione provocata da Pietro annullerebbe le ipoteche costituite nel tempo intermedio (3).

Nelle successioni per causa di morte si riscontrano con maggior frequenza gli esempi di risoluzione coll'effetto reale delle condizioni.

L'antica massima, *quia semel heres existens, non potest desinere heres esse* (4), soffri per tempissimo tante eccezioni quante erano le specie delle sostituzioni: cioè la volgare, la pupillare, l'esemplare e la militare. In riguardo a questa ultima specie principalmente, si permetteva l'instituzione dell'erede per un determinato periodo di tempo; la qual disposizione ai tempi di Voet (5) e nella nostra legge fu generalizzato in modo assoluto.

Chi conseguisce, è scritto nel § 708 del Codice civile, chi conseguisce l'eredità o un legato sotto condizione negativa o RISOLUTIVA, O SOLTANTO PER UN TEMPO DETERMINATO, ha verso quello, a cui verificandosi la condizione o venendo il tempo determinato si devolve l'eredità o il legato, gli stessi diritti ed obblighi che ha l'erede o il legatario verso il sostituito fedecommissario.

Onde consegue che l'erede o il legatario instituito o con una sostituzione di qualunque specie essa sia, o con una condizione risolutiva, o a tempo determinato, a sensi del § 613, finchè non si verifica o il caso della sostituzione o della condizione risolutiva, o non sopravviene il

(1) Così per qualunque obbligazione si dispone dell'art. 1159 del Codice parmense.

(2) A questi articoli corrispondono gli art. 1136 o 1137 del Codice siciliano; art. 380 e 381 del Cod. lucuese; art. 1274 e 1276 del Cod. albertino; art. 1234 e 1235 del Codice estense. Questi ultimi due Codici stabiliscono però un'eccezione in riguardo al prezzo della vendita.

(3) Troplong *des priv. et hyp.* num 466.

(4) Leg. 88 Dig. *de hered. instituend.*

(5) Voet, *de condition instit.* n.º 36.

tempo cui fu limitato il suo diritto, gli compete il diritto limitato di proprietà coi diritti e cogli obblighi di un usufruttuario.

Da ciò si trae l'altro corollario che estinto nel possessore dell'eredità o del legato il condizionale o temporario suo diritto, si estinguono parimente le ipoteche da essoloro concesse nel tempo intermedio.

Questa era la conclusione dell'antica giurisprudenza (1): *ipso quidem jure*, secondo Voet, *id contingit quoties is qui rem pignori obligavit, plenum in ea re jus non habuit, sed penes alium fuit potentius jus dominii, vel præsentis vel futuri, ex quo res illa obligata invito eo qui obligaverat reverti potest* (2). Nè può essere dissimile la nostra conclusione: quando però non si debba ricorrere al secondo principio pratico; ad esempio di quello che dissimo superiormente nel caso d'un'ipoteca concessa dall'erede putativo.

**9.** Al titolo contrattuale della vendita, della permuta o della donazione si può aggiungere la condizione risolutiva, della quale dicemmo, ovvero anche il patto di ricupera o quello che si chiama commissorio, o la riserva del miglior compratore. Incominciando dal patto di ricupera, non v'ha dubbio che in esso si rinvenga una causa necessaria di risoluzione perchè indipendente dalla volontà dell'attuale proprietario. Ella è anche una causa preesistente, perchè dedotta nello stesso contratto, che è il titolo d'acquisto. Ma non è egualmente ovvio il decidere se la si possa qualificare come causa reale, ed affetti la cosa venduta, e quindi se sia in pari tempo una causa reale, operante in confronto a qualunque terzo la risoluzione del dominio.

Vediamo nel § 1070 del Codice civile quale sia la materia di questa ricerca.

« Il patto di ricupera, vi è scritto, ha luogo soltanto per le cose immobili, e compete al venditore soltanto vita sua natural durante. Egli non può trasferire il suo diritto nè agli eredi, nè ad altri, e non può esercitarlo in pregiudizio di un terzo se non in quanto esso diritto sia inscritto nei pubblici libri ». Basevi nella seconda edizione delle sue *Annotazioni* scrisse che da questo § emerge che il patto di ricupera sia per sè stesso meramente personale. Io non vedo che ciò sia: imperciocchè da che cosa emerge questo carattere? Da ciò che il diritto di ricupera è limitato alla vita pel venditore? Anche l'usufrutto è temporario e limitato alla vita di una persona, eppure è reale. Emerge forse da ciò che nel § è detto che questo diritto per essere operativo contro i terzi deve essere inscritto nei pubblici libri? Ma non sono io quegli che dee insegnare a Basevi, che mancando il sistema tavolare, da noi vi sono dei diritti che rimangono reali sebbene non sieno inscritti,

(1) Così Giustiniano nella leg. ult. § 3. Cod. *commun. de legatis* e nella leg. 13. § 1. Dig. *de pignor.* Franc. Balduin, *de pignor.* cap. 12. in med. Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 5. lit. 1. quæ. 15. num. 7. Chiesi, *sist. ipot.* num. 690.

(2) Voet, *in pand. quib. mod. pignus solvit.* num. 8.

quali sono il possesso, la proprietà, le servitù e le successioni. Nè alla mia opinione si potrebbe opporre che la Notificazione governativa 16 marzo 1816 abbia derogato bensì ai §§, ove si dispone della necessità della iscrizione del possesso, della proprietà, delle servitù prediali, dell'usucapione e del titolo esecutivo, ma non avesse abolito l'eguale disposizione di questo § 1070. Eppure in altri luoghi il Codice civile esige siffatta iscrizione tavolare, e a quei §§ non giunse la deroga suddetta. Nè d'altra parte, siccome l'iscrizione del Codice non è ad altro prescritta che pel sistema tavolare, ed è quindi impossibile, così non può esser lecito il supporre vigente ciò che è materialmente impossibile. Perchè noi non abbiamo che i registri delle ipoteche, ove si iscrivono i crediti, e le pretensioni per la manutenzione degli affitti e dei sequestri che conducono al pegno giudiziale: ma non servono, nè abbisognano alla conservazione di altri diritti, che sono pure reali per loro natura.

Io sono tutt'altro che proclive ad ammettere l'utilità di questi patti reali; io non sono appassionato certamente per l'assoluta libertà delle contrattazioni, da favorire questi pericolosi imbarazzi della proprietà. Colla perfetta pubblicità del sistema tavolare si potrebbero ammettere senza allarme; ma colla costituzione organica che abbiamo dei diritti civili non possono essere da meno che un quotidiano pericolo.

E nondimeno io inclino a credere che l'ovvia interpretazione del suddetto § 1070 importi in quel patto il carattere di reale, indipendentemente dalla mancanza dell'iscrizione tavolare: quando però fosse costituito in termini acconci, come dirò in appresso. Prima di tutto osservo che se questo patto senza l'iscrizione fosse stato, nel pensiero del legislatore, semplicemente personale, egli non si saria dato cura di proibirlo in riguardo alle cose mobili. Perchè in riguardo a queste una promessa di rivendita nulla contiene in sè di pernicioso al mondo giuridico: ma nel caso d'inadempimento non deve rispondere altri che il promittente. In secondo luogo osservo che nel successivo § 1073 espressamente si dice che il diritto di prelazione è *d'ordinario personale*; nel § 1074, che tale diritto non è cedibile nemmeno agli eredi; nel § 1075, che può riferirsi anche alle cose mobili. Donde la ragion della differenza se non in ciò che l'uno è reale, l'altro è personale?

Ma la legge austriaca in tanta parsimonia di linguaggio non poteva aver dimenticate le disposizioni del Diritto comune.

Pothier pensava che il *jus redimendi* fosse un *jus ad rem*, e l'azione conseguente fosse personale in riguardo all'attore e al suo erede, e reale contro qualsiasi terzo possessore (1). Ma questa opinione non era vera senza una distinzione. Se il diritto di ricupera era espresso con parole indirette, come per esempio: che la cosa si restituisca, o si rivenda al venditore, allora si considerava come patto e diritto personale, che non

(1) Pothier, *vendita*, num. 388. 396.

poteasi esercitare contro i terzi possessori; ma produceva soltanto le azioni *ex vendito*, o *ex præscriptis verbis*. Se al contrario il patto importava una clausola di risoluzione del dominio, come se si fosse detto *ut res sit inempta*, allora il patto, il diritto, e l'azione erano reali e affettanti la cosa, a danno anche dei terzi possessori (1) e dei creditori ipotecarii (2).

Imperocchè soggiunge il cardinal Mantica, questa espressione *ut res sit inempta* è la formola della legge commissoria; la quale importa la risoluzione del dominio nel compratore e nei terzi, e l'azione reale vendicatoria nel venditore (3).

E comunemente i trattatisti convengono di assimilare il patto di ricupera concepito in quella guisa col patto commissorio, e col patto volgarmente detto dagli antichi *addictionis in diem* (4). Il patto della legge commissoria era espresso così: che la cosa fosse come non veduta se il compratore nel tal tempo non pagasse il prezzo (5). Col patto *addictionis in diem* si diceva: io ti vendo questa cosa, e se altri mi offerirà un miglior mercato, voglio che la cosa sia come non venduta (6). In amendue questi casi la vendita era perfetta, la proprietà passava nelle mani del compratore; ma era affetta dalla condizione risolutiva, se cioè il prezzo non fosse pagato, ovvero sopravenisse un migliore offerente (7).

Nel patto di ricupera adunque, formulato in quella maniera, si riscontra una condizione risolutiva della proprietà (8), e se il patto di ricupera involge una condizione risolutiva nel dominio del compratore, importa altresì che il venditore abbia la proprietà colla condizione contraria che è la sospensiva: giusta la teoria adottata in materia dei legati: che cioè quello che fu lasciato ad alcuno con una condizione, s'intende tolto ad un altro colla condizione contraria (9).

Il venditore si è dunque riservato un diritto reale: anzi la stessa proprietà colla condizione sospensiva che gli piacesse di restituire il prezzo.

(1) Fachineus. *controv.* lib. 2. cap. 15. Tiraquell. *de retraict. convent.* § 1, glosse. 7. n. 12. et segg. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 4. tit. 32. num. 62. et segg. Brunneman, in leg. 2. Codice *de pactis inter empt.* (4. 54.) num. 11. Fabro *in Cod.* lib. 4. tit. 36. def. 3. 8. Richeri, vol. 10, § 1466, 1467. Voet, *de leg. commissoria*, n. 3. Trentacinq. *de empl. resol.* 10. n. 21. Covarruvias, *var. res.* lib. 3. cap. 8. num. 2. vers. *ego sane fateor*. e num. 3. vers. *hinc apparet quid dicendum*. Zasio, *cons.* 33. n. 4. lib. 1.

(2) Neguzant. *de pignor.* par. 5. mem. 1. num. 14. Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 3 tit. 1, q. 13. n. 1. et segg. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11. tit. 31. n. 70. Tiraquell. *de retraict conv.* § 3, gl. 1, num. 14. Pacific. *de salv. interd.* inspect, 5, cap. 1. n. 113. Antonello, *de temp. leg.* lib. 1. cap. 67. n. 10.

(3) Mantica ibid. num. 66. et segg.

(4) Fachineo, d. lib. 2. cap. 15. Tiraquell. *de retraict. conv.* § 1, glos. 7. n. 4 e 5 Covarruvias, *var. res.* lib. 3. cap. 8. n. 2.

(5) Azo, *Summa Cod. de pactis. int. emp.* num. 7. 8.

(6) Leg. 1. Dig. *de in diem addictione*. Azo, *Summ.* Cod. *de pactis inter empt.* num. 9. Così è anche disposto nei §§ 1083, 1084. Cod. austriaco.

(7) Azo, ibid. num. 8 e 9.

(8) Fachineo, ibid. Tiraquello, *de retraict. convent.* § 1, glos. 2. n. 22. 50. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 469.

(9) Leggi 6. Dig. *quando dies legat.* l. 10. in pr. Dig. *de adim. vel trasf. legat.* leg. 107. in fin. Dig. *de condition. et demonst.* leg. 1. § 4. Dig. *de his quæ in testam.* l. 43. § 2. Dig. *de vulgari et pup. substit.* l. 27. Dig. *de hered. instit.*

Queste conclusioni non sono desse attuabili sotto il reggime della nostra legge? E pare di sì. Ella non proibisce, anzi ammette le condizioni risolutive e sospensive del trasferimento della proprietà: sia che ciò avvenga per titolo contrattuale, che per causa di successione (1). Nel § 468 si suppone che il proprietario avesse un diritto temporario sulla cosa. Nelle successioni si ammettono le sostituzioni, e le condizioni sospensive e risolutive; e nel § 708 del Codice civile si abolì l'antica massima, *semel hæres semper hæres*. Il patto di ricupera, se fu stipulato in modo che lo si potesse considerare come condizione risolutiva della vendita, riserverebbe al venditore la proprietà, come affettata da una condizione sospensiva: finchè a lui piaccia cioè coll'offerta del prezzo di far sciogliere la proprietà nel compratore.

Questo patto implica adunque una causa non solo necessaria, ma ben anche *reale*, e bastevole a far rivivere colla antecedente efficacia il suo diritto reale, e quindi ad annullare le ipoteche concesse dal possessore intermedio (2): purchè però il creditore non avesse ignorato o non avesse potuto ignorare la esistenza di quella condizione: nel che consiste la attuazione del secondo principio pratico, peculiare alla legge austriaca.

Rimane però sottinteso che il retraente non potrebbe opporre il suo diritto ai creditori inscritti se avesse restituito il prezzo al possessore invece di offrirlo ad essi, o depositarlo affinchè fosse convertito nella dimissione dei loro crediti.

Persil (3) Grenier (4) e Chiesi (5) sembrerebbero pensare il contrario. Imperocchè Grenier dice espressamente che il venditore col patto di ricupera può restituire il prezzo al compratore, anche all'insaputa dei creditori ipotecarj del medesimo; perchè nell' eseguire le clausole del contratto, a cui è tenuto solo in riguardo all'acquirente, non è per nulla obbligato di notiziare il creditore ipotecario di costui, e d'invitarlo al rimborso. In quel momento l'ipoteca perde la sua base e si risolve insieme alla vendita. Il venditore non è tenuto a conoscerne l'iscrizione, e a far-

(1) Il § 358, del Codice civ. suppone l'esistenza di essa con dire: tutte le altre specie di limitazioni che derivano dalla legge o dalla volontà del proprietario, non rendono meno piena la proprietà.

(2) Pothier, *de la vente*. num. 431. Liberale Beretta, *manuale della compravendita* num. 338, senza distinzione dice che il patto della ricompera attribuisca alla vendita una condizione risolutiva. Eppure nel segnente numero 330 dice che non può esercitarsi in pregiudizio di un terzo, se non è inscritto. Ma noi non abbiamo libri fondiari. Nel num. 334, convenendo che non ci sono libri, dice che si può mettere il fondo all' asta: *senza riguardo a questo patto che è di sua natura personale*. Ma perchè allora attribuirgli la condizione risolutiva? Sciolga chi può queste contradizioni, noi nol possiamo certo. Basevi, al § 468 codice civile austriaco, stabilisce che questo patto è reale coll' effetto d' una condizione risolutiva; quindi efficace anche contro i terzi, sebbene nol si possa inscrivere. Può tuttavia essere conosciuto dai terzi col diligente esame dei titoli d'acquisto.

(3) Persil, sub. art. 2125 num. 2.

(4) Grenier. *hypoth*. num. 153.

(5) Chiesi, *sistema ipot*. num. 688

sene carico. Solo potrebbe il creditore quando riceve l'ipoteca fare un atto di opposizione al venditore, perchè non paghi in suo pregiudizio il prezzo di riscatto. E vi sarebbe ancora quest'altra avvertenza, che se invece d'uno fossero più i creditori ipotecarj, essi non concorrerebbero sul prezzo in ragione della data della rispettiva ipoteca, ma in proporzione uguale come i chirografari: perchè il prezzo è cosa mobile, e sulla cosa mobile non ci può essere ipoteca. Per ovviare a questo pericolo Persil propone e sostiene che i creditori abbiano diritto di far sì che il prezzo si converta nell'acquisto d'un altro fondo, e sopra di essa rivivano coll'efficacia originaria le rispettive ipoteche. Ma se fosse vero che i creditori perdono la loro prelazione ipotecaria sul prezzo, ha pure tutta la ragione il signor Chiesi di credere che non potranno conservarla sul nuovo acquisto.

Tuttavia noi non crediamo vera e preferibile l'opinione di Grenier e di Chiesi: imperocchè essi concedono che l'acquirente fosse stato proprietario nel tempo di mezzo, e avesse potuto concedere un'ipoteca valida, comunque temporanea e condizionata all'inazione del diritto di retratto. Dicano pure che l'ipoteca davanti al retraente subisca la sorte a cui era destinata sino dalla sua origine, che muoja d'una morte naturale, per un vizio intrinseco, od in altro modo più o meno imaginoso. Io non niego questo risultato ultimo, questa limitazione originaria: ma vò chiamar l'attenzione sul modo con cui può funzionare il diritto di retratto: io non ne niego l'efficacia, ma disputo sul modo col quale si deve condurre chi lo professa. Que' buoni e valenti giureconsulti non vi badarono punto; epperciò la loro conclusione sembrami troppo frettolosa.

Conciosiachè il venditore, malgrado la riservata facoltà del retratto, ha trasferita la proprietà nel compratore. Cosa vuol dire l'avere acquistata la proprietà? Egli non proibì di venderla o di ipotecarla. Se il compratore l'avesse ceduta ad altri, il retraente deve esercitare il suo diritto contro l'attual possessore: perchè nessun possessore può esser molestato dal terzo senza un diritto reale ed un'azione promossa contro di lui medesimo. E per agire contro di lui il retraente deve offrirgli il prezzo, che avrebbe dovuto offrire al compratore originario se ancora possedesse (1). E se non glielo offrisse, Bartolo e Tiraquello, nella sua famosa opera *de utroque rectractu*, avrebbero unanimemente risposto: *ut scilicet secundus emptor possit rem retinere, donec restituatur precium* (2). Il possessore non può patire il retratto, se questo non si esercita contro di lui in quel modo stesso che si avrebbe potuto esercitare contro il primo compratore: questo diritto non si può esercitare senza che contemporaneamente gli si offra la restituzione del prezzo: lo dicono anche e il

(1) Tiraquell. *de retraict lignager* § 1, glos. 10. num. 11. § 12, glos. 1. num. 1-6. e n. 26. in fine: *de retraict convent.* § 1, glos. 7. § 5. glos. unic.

(2) Tiraquell. *de retraict lignag.* § 12, glossa 1. num. 20.

§ 1068 del nostro Codice civile, e gli articoli 1659 e 1673 del Codice Napoleone. La risoluzione del dominio nel possessore non può accadere altrimenti: quantunque si possa dire di lui ciò che gli avversarii nostri dissero delle ipoteche; imperocchè il possessore ha acquistata una proprietà risolubile dall'origine; ma perchè la risoluzione avvenga in suo danno deve essere pronunciata in suo confronto e a cose intatte, ossia nel modo stesso con cui si saria fatta valere presso il primo compratore.

E non si dirà lo stesso dei creditori ipotecarii? A questi ha concesso il compratore un diritto reale, che non è altro che una parte del suo dominio, cioè la facoltà di chiederne la vendita e di attribuirsi il valore dello stabile venduto. Essi hanno acquistato perciò un diritto poziore di quello che spetterebbe al successivo compratore avente causa dello stesso datore. E se questo compratore ha il *jus retentionis* contro il retraente, perchè non l'avranno i creditori anteriori, la cui causa è più rispettabile in diritto? Ma essi hanno causa dal primo compratore: appena ottenuta la proprietà, sebben condizionata al retratto, fu vera proprietà: il concetto di proprietà involge di sua natura la libera disponibilità: l'atto della disponibilità suppone la cessione del diritto disponibile: ceduto il diritto, il cessionario rappresenta il cedente, e ne esercita tutti i diritti ceduti (1): il compratore è cessionario: il creditore per l'ipoteca ha un diritto reale appunto perchè lo ebbe il costituente nella forma di proprietà: il creditore potrà dunque esigere che il retraente rispetti il proprio diritto in guisa che eserciti il retratto *re integra*, nella pristina sua forma. Quando lo ha esercitato contro il compratore o il possessore non ha ricuperato che quella parte di diritto e di proprietà che gli rimanea. Ma il possessore avea un dominio diminuito giuridicamente dalle passività ipotecarie. L'azione risolutiva del retratto non fu efficace se non sopra questo residuo di dominio. Ma il dominio era primeggiato dalle ipoteche; egli dovea quindi ricercare a chi spettassero, e contro i creditori dovea esperire le sue ragioni; ma le sue ragioni integre, cioè colla corrispettiva offerta del prezzo.

Questa è la nostra opinione: la quale d'altronde riceverà conferma da quella che diremo in fine del presente §: che cioè qualunque diritto risolutivo non può essere efficace sulle ipoteche, se non è ventilato integralmente in confronto dei creditori ipotecarj (2).

**10.** Quello che si è detto del patto di ricupera può valere anche della riserva d'un miglior compratore, secondo che è permessa e regolata nei

(1) Vedasi il nostro § LI, anm. 4 e segg.

(2) Basevi, annotazioni al Codice civ aust. nella seconda edizione sub. § 468, paragonando la rescissione per lesione alla ricupera, dice nel primo caso che il prezzo da restituirsi sarebbe vincolato a favore dei creditori inscritti a di lui carico secondo il loro rango. E il venditore che restituisce il prezzo senza indagare se durante l'alienazione la cosa sia stata vincolata, sarebbe nella condizione di chi non paga cautamente il prezzo di uno stabile.

§ § 1083-1088 del Codice civile. » Se la compera e la vendita, vi leggiamo, si fa colla riserva che il venditore, presentandosi entro un tempo determinato un miglior compratore, abbia il diritto di preferirlo, la sussistenza del contratto, se la cosa non fu ancora consegnata, è differita fino a che abbia luogo la condizione — Se la tradizione della cosa è seguita, il contratto di compra e vendita è bensì conchiuso, ma si scioglie col verificarsi della condizione. Se il tempo non fu espressamente determinato, si presume che sia quello stabilito nella compra a prova — Nel caso in cui il contratto sia sciolto, gli utili della cosa e del danaro si compensano vicendevolmente. Riguardo ai miglioramenti od ai deterioramenti, il compratore è considerato qual possessore di buona fede ». Se la cosa non fu consegnata, è manifesto che il compratore acquistò nessuna proprietà, quindi non avria potuto ipotecarla, in quanto che tutt'al più avrebbe acquistato un diritto inefficace per una condizione sospensiva che non si è verificata.

Ma se la cosa fu consegnata il compratore potria sottometterla a pegno; ma questo diritto saria risolvibile come la proprietà acquistata. Lo dice la legge citata: il contratto sta, ma si scioglie *col verificarsi della condizione*. Se il titolo della proprietà è condizionato, non può essere puro ed assoluto il diritto che ne consegue. E tanto è vero ciò, che la legge paragona il compratore ad un possessore di buona fede. E di più la legge stessa mette questo patto allo stesso livello della compera a prova; della quale col § 1080 dice espressamente, che la cosa comprata: non passa in proprietà del compratore prima del pagamento del prezzo, e *il compratore durante il tempo della prova si considera come un commodatario*. E nel seguente § 1081 soggiunge: quando il compratore ha pagato il prezzo per la cosa ricevuta, acquista immediatamente la proprietà; ma prima che trascorra il tempo della prova può recedere dalla compera.

Nel Diritto romano questa convenzione era nitidamente qualificata nel modo che noi diciamo: che cioè attribuisce al compratore una proprietà risolubile coll'efficacia reale d'una condizione risolutiva, quando però i termini del contratto non istabilissero il contrario. Imperocchè dicemmo superiormente che le condizioni non si sottintendono nei contratti, ma vogliono essere espresse, secondo che dispone espressamente il § 901 nel Codice civile. Odasi Ulpiano: *quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur: an vero conditionalis sit magis emptio, quæstionis est? Et mihi videtur verius interesse quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione, discedatur, erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur erit emptio conditionalis* (1) In questo caso, se cioè la ven-

(1) leg. 3. Dig. *de in diem addiction.*

dita fu fatta colla espressa condizione risolutiva, il compratore può ipotecare il fondo comperato; ma la compera, la proprietà e l'ipoteca si risolvono quando il venditore mette mano al suo diritto. È ancora Ulpiano che parla: *si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita: et forte emptor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5 digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata* (1). Ed in altro luogo soggiunge più espressamente: *sed et Marcellus libro 5 digestorum scribit: pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus esset: alioquin nec pignus teneret* (2).

Il diritto del venditore adunque è una vera causa risolutiva preesistente alla proprietà del compratore, necessaria, cioè indipendente dall'arbitrio di questo ultimo, e reale perchè il venditore, avendo trasmessa una proprietà sotto condizione risolutiva, ha riservato a sè medesimo la parte corrispondente del diritto reale, di dominio. E questa causa risolutiva varrà se ed in quanto sia applicabile il principio formale; che nessuno può trasferire un diritto maggiore del proprio. Però varrà la deduzione del secondo principio pratico, se la buona fede del creditore potesse essere amminicolata colla di lui incolpevole ignoranza e colla negligenza del venditore, se avesse per esempio in modo oscuro ed ambiguo pattuita questa condizione risolutiva.

Le medesime conclusioni varranno anche in riguardo al patto commissorio aggiunto ad un contratto di compera e vendita, in questi termini: *si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit* (3); se entro un dato tempo il compratore non avesse pagato il prezzo, che la cosa sia come non fosse mai stata venduta.

Nel nostro Codice civile non abbiamo parola di questo patto. È desso proibito? Già dicemmo come lo sia quando fosse aggiunto al contratto di pegno (4). Ma se è aggiunto alla vendita ci ha questa differenza, secondo che osservò Neguzanzio: *quia communiter venditio solet fieri pro justo prætio: sed e converso pignus magis frequenter solet pignorari pro multo minori quantitate quam valeat* (5).

Se tace la legge, il privato giureconsulto non può per sè solo dichiarare illecita questa convenzione. Quindi dovrebbe decidere secondo la romana tradizione: *si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio quam sub conditione contrahi videatur* (6); che cioè s' intenda vincolata ad una condizione risolutiva, e la proprietà

(1) Leg. 3, Dig. *quibus modis pign. solvitur*.

(2) Leg. 4. § 3, Dig. *de in diem. addictione*.

(3) Definizione di Pomponio nella leg. 2. Dig. *de lege commissor.* d'Ulpiano nella leg. 4. di Nerazio nella leg. 5, e di Scevola nella leg. 8. del medesimo titolo.

(4) Vedi sopra § XIII, num. ult.

(5) Neguzant. *de pignor*, par. 4. n. 1.

(6) Leg. 1. Dig. *de lege commissoria*.

sia risolubile per tal modo nel compratore; quindi l' ipoteca avrebbe lo stesso destino, nè il creditore potria querelarsene; ma *sibi imputet quod tam lubrica cautione voluerit contentus esse* (1).

Che anzi intorno alla liceità di questo patto si può invocare il § 919 del Codice civile, ove si dice che nel caso *di una riserva espressa* può l'una parte chiedere lo scioglimento del contratto per l' inadempimento degli obblighi corrispettivi dell'altro contraente.

**11.** Se dopo che un proprietario ha venduto uno stabile ad un minorenne, e prima che, o l'autorizzazione del giudice o la ratifica del compratore stesso, fatto maggiore, avesse confermato il contratto, un creditore del venditore avesse per prenotazione ottenuto un' ipoteca sopra quello stabile, interposta la ratifica, quella ipoteca sarà confermata in modo che si ritenga valida dalla sua origine?

È questo il terzo dei casi che abbiamo posto nel § XI num. 4., ed ha in paragone degli altri una dubbiezza assai difficile a superarsi. Imperocchè trattando dell'ipoteca concessa dal minorenne abbiamo conchiuso che questa, come mancante di titolo originario, non fosse valida in origine in pregiudizio dei terzi (2). Ma ci ha una differenza notabile tra questo e quel caso. Perchè se è *nullo* un contratto d' ipoteca nel quale non si concede un diritto reale, per difetto del titolo conveniente, come dissimo in quel luogo, o per mancanza della proprietà in chi la costituisce, come dimostrammo altrove, non è parimenti nullo il contratto di vendita, che può bensì zoppicare per difetto di consenso dell'uno dei contraenti, ma può tenere in confronto dell'altro, ovvero può consistere anche allorquando la cosa non apparteneva al venditore (3). Dunque nella compera fatta dal minorenne non ci ha nullità assoluta, ma solamente relativa, come quella che risguarda il favore del minorenni; ma il venditore resta obbligato al contratto, e non gli è lecito di ritirare la sua promessa finchè l'autorità tutoria, o il minorenne fatto maggiore dichiari il suo consenso (4). In questo senso adottando gli antichi la distinzione di Bartolo nella legge 4 dig. *de officio proconsulis*, decidono che la successiva ratifica del contratto di compra e vendita per parte del minore dopo divenuto maggiore, convalida il contratto *ab initio* in confronto de' creditori ipotecarj intermedii. Così Surdo pone chiaramente la distinzione di Bartolo, sebbene decide nel caso che la vendita del minore per lo statuto mantovano fosse nulla affatto (5). E Lodovico Romano stabilisce egualmente quel conchiuso, anzi accerta che la nullità della vendita del minore è relativa, perchè *determinatæ personæ favorem respiciat*; ed è temporaria, epperciò *consensus superveniens cessante prohibitione*

(1) Baldoin, *de pignor.* cap. 20. in med. Voet. *in pand quib. mod. pign. solvitur.* num. 8. Vinnio, *select. quæst.* lib. 2. cap 5.

(2) § XII, num. 5

(3) § XIII, num. 5.

(4) Leg. 13. § 29, Dig. *de action. empt.* § 865. Cod. civ. aust.

(5) Surdo *decis.* 245 per tot. dec. 70. n. 22-27.

*temporali actum tunc initum convalidat* (1). Se non che Montano ed altri vorrebbero stabilire una differenza tra la ratifica espressa e la tacita, negando all'una, e concedendo all'altra l'effetto retroattivo (2). Questa differenza accenna alla difficoltà intrinseca dell' argomento, perchè si dice che l'effetto è retroattivo nella ratifica tacita, per ciò solo che Giustiniano lo volle tale nella legge ultima del Codice *si major factus alienationem factam ecc.* Tacendo la legge in riguardo alla ratifica espressa, quei giureconsulti decidono che non è dato all'uomo di far sì che un'atto nullo in origine, si intenda come valido fin d'allora. Ma per essere d'accordo con noi medesimi bisogna o adottare la retroattività della ratifica tanto tacita che espressa, ovvero repudiarla per ambedue. Quest'ultimo partito non è impossibile nemmeno sotto l'impero del Diritto comune, posciachè dimostrammo come Giustiniano avesse profferita quella sua decisione nei soli rapporti tra i contraenti e i loro eredi, e non già in confronto dei terzi e dei creditori ipotecarj: in riguardo ai quali è abbastanza radicata la opinione, che la successiva ratifica non può torre il loro giusto quesito (3).

Sembrami che la quistione debba essere trasformata decomponendola così come segue.

Dopo la vendita fatta al minorenne senza l'autorizzazione tutoria, il venditore era egli proprietario del fondo venduto? Pare di sì: perchè, il contratto di vendita non essendo regolare, ma nullo, la proprietà in mancanza di titolo rimase presso il venditore. L'ipoteca prenotata dovrà considerarsi per valida perchè costituita a carico del venditore che era ancora proprietario.

Ma questa proprietà del venditore era dessa affetta da una causa di risoluzione? Senza dubbio che sì: perchè l'autorità tutoria o il minore divenuto maggiorenne confermando la compera perfezionavano il contratto, e la proprietà trapassava nel compratore.

Ma questa causa di risoluzione, è dessa operativa sulle ipoteche? Noi abbiamo veduto che per ottenere questo effetto la causa di risoluzione deve avere tre caratteri: sii cioè *preesistente, necessaria* e *reale.*

Quando una persona vende uno stabile ad un minorenne, questo egli fa coll'animo e allo scopo di trasferire in lui la proprietà. Acconsenta tosto l'autorità pupillare o lo stesso pupillo, quando aquisti il libero esercizio di tutti i diritti civili, non importa. Dal momento che ha venduto, non è perfetto il contratto, ma è *condizionato* all'accettazione del giudice o del pupillo divenuto maggiorenne, e finchè questo consenso non è prestato la sua promessa non è rivocabile. Il contratto è conchiuso in quanto riguarda l'utilità del minore: in quanto racchiude un onere per questi

(1) Lod. Romano *Consil.* 54.

(2) Montano, *de tut. et curator.* cap. 35. n. 516. 560, 561, Costa *de retrotract.* cap. 8. cas. 4. n. 11. Sabelli, *Summa.* V. *Ratificat.* n. 5. 6.

(3) Vedi sopra § XII, n. 5.

non è ancora un compiuto contratto. L'accettazione futura dell' autorità pupillare, o la conferma del compratore uscito dalla tutela è veramente una condizione del contratto. Ben è vero che nei contratti fra i maggiorenni, la promessa dell'uno non costituisce il contratto, ma si richiede la contemporanea accettazione dell' altro: e questa non si potrebbe assimilare ad una condizione aggiunta, perchè questa, come ogni altro accessorio, suppone la previa esistenza dal principale. In questo caso il promittente prima della accettazione non è obbligato: non essendovi obbligo, non ci può essere condizione; ma nel caso nostro il promittente è obbligato ancor prima della accettazione: dunque a quel suo obbligo si può aggiungere la condizione. Riteniamo adunque con Alessandro che in questo contratto del minore ci ha una vera condizione, l' effetto della quale si, è che al suo verificarsi i diritti portati dalla medesima si retrotraggono al giorno della convenzione (1).

Una siffatta promessa obbligatoria e condizionata all'accettazione dell'autorità pupillare e del maggiorenne, costituisce una limitazione preesistente e necessaria, per la forza obbligatoria e la data della promessa medesima; costituisce poi una limitazione *reale*, perchè, sebbene condizionata nell'interesse del pupillo, quella vendita accompagnata dalla tradizione bastò a trasferire nel minore la proprietà *ab initio*, colla condizione *sospensiva* in questi, e *risolutiva* nel venditore della susseguente accettazione.

Così fu anche giudicato dall'Appello veneto con sentenza 24 novembre 1847. N. 14578, confermata dal Senato lombardo veneto colla sentenza 15 marzo 1848. N. 508, nel caso di un padre che avea un contratto di vitalizio coi figli, de'quali uno era minorenne, cedendo ad essi la possessione Mirabello. Un creditore, prima che il figlio minorenne fosse pervenuto alla maggiore età, e ratificato avesse il contratto, ottenne una prenotazione su quel podere a carico del padre. Chiesero i figli tutti la cancellazione della medesima, e l'ottennero, perchè, come dicemmo, piacque di ritenere che la vendita del fondo erasi fatta colla condizione risolutiva implicita, che il minorenne fatto maggiore approvasse l'acquisto del dominio.

**12.** Ma questa stessa conclusione si potrebbe dedurre nel caso opposto che il minorenne avesse venduto un suo stabile, e un creditore avesse ottenuto una prenotazione a carico del medesimo? dovrebbe egli sottostare agli effetti della ratifica posteriore come ad una causa preesistente necessaria e reale di risoluzione?

La quistione è più facile a sciogliere, perchè in questo caso la ratifica del minorenne non sarebbe una causa nè preesistente, nè necessaria di risoluzione, ma affatto volontaria. Perchè il minore non fu mai obbligato

(1) Alexand. *Consil.* 117. n. 2. vol. 5. Surdo, *decis.* 215. n. 4. et ult.

a rispettare od a ratificare e convalidare una vendita fatta da lui medesimo in minore età senza l'autorizzazione del giudice. Se divenuto maggiore ratificasse la vendita fatta, la proprietà in lui si scioglierebbe per un mero suo arbitrio, che non deve nuocere ai terzi, che prima di essa acquistarono un diritto reale sul fondo, del quale era il minore assoluto proprietario.

**13.** Tra le cause risolutive del dominio, in conseguenza d'un contratto o d'un fatto anteriore all'ipoteca sovra di esso stabilita, alcuna vi ha, la quale dipende dal libero arbitrio del possessore: in questo, che egli può con un suo fatto o con una omissione dare occasione a un terzo di privarlo del suo possesso, dando mano ad un suo diritto prima d'allora inefficace in tal riguardo. Tre notabilissimi esempii vi hanno. Il venditore può chiedere la rescissione della vendita per la lesione enorme, quando il compratore non supplisse al giusto prezzo; il donante può rivocare la donazione per l'ingratitudine del donatario; il padrone del diretto dominio può intimare la caducità dell'utile dominio per l'insolvenza degli annui canoni o del laudemio, o per le deteriorazioni del fondo enfiteutico. Se al possessore è dato di cagionare la risoluzione del suo dominio, sarà egli giusto che la fortuna delle ipoteche da esso lui concesse sia manomessa dalla sua perfidia?

L'esame dei giureconsulti trovasi qui oltremodo disturbato, perchè in queste cause risolutive non si riscontrano tutti i caratteri, che dicemmo dover concorrere per la loro efficacia. E vi manca invero quello della *necessità*: essendochè dipendette dal possessore, di conservare la proprietà della cosa, se compratore, pagando il residuo prezzo della compera, se donatario, osservando il debito della gratitudine, se utilista, pagando i canoni, i laudemj, e conservando diligentemente il fondo enfiteutico. E tanto più si trovarono imbarazzati coloro che alla causa risolutiva assegnarono solamente i due caratteri della preesistenza e della necessità, e non ancora il terzo carattere della *realità* come noi facemmo; avvegnachè in questi casi, facendo astrazione da quest'ultimo carattere, e non verificandosi il secondo della necessità, la causa risolutiva non è che preesistente: le ipoteche cioè si vorrebbero caducabili unicamente perchè nel titolo originario della proprietà ipotecata, o per la convenzione o per la legge, si saria provveduto ad un'evenienza lontana di risoluzione. Ma per quanto si attribuisca d'efficacia a questa precedenza giuridica, non si ottiene un criterio per le diverse soluzioni che s'accreditarono in ciascuno dei casi proposti; imperocchè non egualmente decidono nè nel caso della lesione enorme, nè in quello della revoca delle donazioni o della caducità dei livelli.

Questi diversi risultati di deduzione dimostrano come affatto inattendibile, o per lo meno insufficiente questo criterio della causa preesistente:

come piacque al Castrense (1) e al cardinal Mantica di accettarlo, ove dice: *hæc enim risolutio pignoris fit ex causa quæ habuit originem ante obligationem, eaque intelligitur eo modo et jure contracta, quo res erat apud emptorem* (2).

Ed oltre che questo criterio è insufficiente alla deduzione del principio formale che, ove cessa il dominio, ivi s'estingue l'ipoteca, non si potrebbe nemmeno evitare ogni difficoltà colla deduzione dal principio pratico della buona fede del creditore: perocchè questi nell'accettare l'ipoteca conobbe o poteva facilmente conoscere la condizione giuridica della proprietà del suo debitore: in quanto che la natura o la fondiaria dell'utile dominio lo avvertiva del possibile suo scioglimento; la sproporzione del prezzo lo ammoniva della lesione enorme; la legge stessa poi l'avvertiva che qualunque più ferma donazione poteva rivocarsi per l'ingratitudine del donatario.

Rimane quindi a cercare qual sia il più completo e certo criterio per la deduzione del principio formale, affine di stabilire in quale de' casi proposti l'antico proprietario o il creditore del nuovo debbano soffrire una perdita o una diminuzione del loro diritto.

Per la qual cosa noi crediamo che al carattere della *preesistenza* si debba aggiungere quello della *realità*: ossia, come dissimo nel presente §, l'ipoteca dovrà risolversi se il dominio si risolve *per un diritto anteriore e reale d'un terzo*. Imperocchè al diritto reale acquistato dal creditore ipotecario non può nuocere una pretesa meramente personale d'una terza persona, alla qual pretesa egli come terzo può dirsi estraneo e irresponsale. Gli è inutile poi di dire che questo diritto reale del rivocante debba essere anteriore all'ipoteca, come cosa evidentissima per sè stessa. Questo nostro criterio della realità inerente alla pretesa del terzo, fu pure accreditato presso Baldo, secondo che riferisce Neguzantio: *Baldus dicit non debere esse in consideratione voluntas ejus a quo res avocatur, sed an jus avocantis afficiat rem, et hoc sufficiat ad resolvendum, et maxime quia non debet factum illius, a quo res avocatur præjudicare avocanti, et sic facere quod res remaneat hypothecata* (3).

Ma di questo caso si può dire lo stesso che dicemmo sulla teorica del superiore nostro § VI, che è ben diverso il trovare nell'antica giurisprudenza un principio, altro è l'attendersi che sia stato applicato in tutta la sua forza ai casi sottoposti. Noi vedremo e Baldo e Neguzanzio, e tutti i principali giureconsulti combattere ed errare alla ventura nella deduzione dei tre casi seguenti: quasichè non avessero scoverto nessun principio. E noi stessi faticosamente lo abbiamo dovuto cercare colla

(1) Paolo Castrense, in leg. 2. Codice *de rescind. vendit.* et ibi Baldo e Saliceto che confutano Bartolo in leg. *si res*. 3. Dig. *quib. mod. pign. solv.*

(2) Mantica, *de tacit. et amb. convent.* lib. 11. tit. 31. num. 68.

(3) Neguzant *de pignor* par. 3. mem. 1. num. 43.

spontaneità della nostra analisi, e dopo trovatolo ci meravigliammo come non fosse sconosciuto, e giacesse tuttavia sterile e dimenticato ove con tanta urgenza abbisognava.

**14.** Cominciamo del caso della rescissione della vendita per lesione enorme.

Baldo (1), Fachineo (2), Alciato (3), Neguzanzio (4), Mercuriale Merlino (5), Mantica (6), Tiraqueau (7), Voet (8), Pothier (9), Troplong (10), l'avvocato Mattei (11) e Luigi Chiesi (12), conchiusero che l'ipoteca concessa dal compratore si dovesse risolvere quando il venditore avesse ottenuto la rescissione del contratto per causa della lesione enorme: poichè dicevano, che questa lesione costituisce una causa necessaria e preesistente all'ipoteca.

Bartolo al contrario tenne fermo il diritto del creditore; *quia fuit in potestate* (emptoris) *non reddere; nam emptor tunc reddit rem ex voluntate, non ex necessitate, cum possit emptor tunc supplere pretium* (13) E questa conclusione piacque a Fulgosio (14), a Cumano e Romano (15), a Boerio (16), a Corasio (17). Però Vinnio (18), abbracciò quella conclusione, non i medesimi motivi; ma addusse questa altra ragione: *nempe quia jus creditori recte constitutum, restitutione post secuta, citra injuriam ei auferri non potest: constitutum, inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo, qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva, denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat.*

Ottima decisione è questa: siccome quella che tronca l'inestricabile litigio in cui Bartolo e Baldo aveano avviluppata la questione, concentrandola sul punto se questa causa risolutiva fosse necessaria o volontaria. Nel che ambedue aveano ragione e torto; perchè l'arbitrio del possessore era la causa diretta della risoluzione del dominio, ma il suo arbitrio era prevenuto dalla causa remota e indiretta del contratto di vendita, e della legge che provvede a riparare la lesione enorme.

(1) Baldo in leg. 2. in 9 columu. vers. *juxta hoc quæritur.* Cod. *de rescind. vendition.*

(2) Fachineo, *controvers.* lib. 2. cap. 23.

(3) Alciato, in leg. *debitorum.* n. 8. Cod. *de pactis.*

(4) Negusant. *de pignor.* par. 5. mem. 1. num. 43.

(5) Merc. Merlin. *de pignor.* lib. 4. tit. 5. quæ. 202.

(6) Mantica *de tac. et amb.* lib. 11. tit. 31. num. 68.

(7) Tiraquell. *de retraict. convent.* § 3, glos. 1. num. 12.

(8) Voet *in pand. quib. modis pignus solv.* num. 9.

(9) Pothier, *vente* num. 372.

(10) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 466.

(11) Mattei, al § 468, num. 12. Codice civ. austriaco.

(12) Chiesi, *sistema ipotec.* num. 689.

(13) Bartol. in leg. 3. num. 2. Dig. *quibus mod. pign. solvitur.* La stessa opinione è da lui professata nella leg. 9. *in diem.* Dig. *de acqua pluv. arcend.* e nella leg. 4. § *sed si Marcellus.* 3. Dig. *de in diem addiction.*

(14) Fulgos. in d. leg. 3. Dig. *quib. mod. pign. solv.*

(15) Cuman. et Roman. in leg. *in diem.* 9. Dig. *de acqua pluv. arcend.*

(16) Boerio, decis. 181. n. 40.

(17) Corasio, ad leg. 5. Dig. *de servitut.*

(18) Vinnio, *selectæ quæst.* lib 2. cap. 5.

L'analisi del giureconsulto dovea dunque concentrarsi sopra un' altro lato della quistione, ed è ciò che fece Vinnio ed alcun'altro, più o meno felicemente. Importava cioè di conoscere se il compratore, costituendo un'ipoteca sul fondo acquistato, la costituiva sopra una proprietà piena ed assoluta ed irresolubile. O in altri termini: se il venditore fin dal momento della vendita avesse conservato sopra il fondo venduto un diritto reale tendente alla dissoluzione della proprietà venduta: *an jus avocantis afficiat rem*, come disse Fachineo.

Ma questo illustre giurista declinava subito dalla posizione prescielta; perchè, dopo aver stabilito in concreto che il diritto del venditore per la lesione enorme fosse un diritto personale, e dopo aver premessa la massima generale: *quod regulariter jus in rem sit potentius quam in personam*, veniva a concludere precisamente al rovescio, dicendo: *in præsenti casu jus venditoris læsi videtur esse potentius quam jus creditoris*. Non ci ha una manifesta contraddizione in questo sillogismo? Il diritto reale è più valido del personale: il diritto del venditore è personale: il diritto ipotecario è reale, dunque il diritto personale è prevalente al reale. Ma egli soggiunge: *non tamen eo casu potentius est, cum ipsum jus reale resolutioni obnoxium est*. Ma e perchè è risolubile? Perchè ci ha un diritto prevalente nel venditore. Perchè il diritto di costui è prevalente? perchè quello del creditore è risolubile: e così via di seguito per un circolo che non finirebbe mai.

Diciamo dunque che il venditore non ha per questo titolo un diritto reale, che solo può essere efficace contro i terzi. E tanto è vero che non l'ha, che se l'avrebbe potrebbe esercitarlo contro il terzo possessore, al quale il compratore avrebbe ceduto lo stesso fondo. Ma Vinnio risponde benissimo: *utique hunc effecisset dominum: neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio*. E per la legge 10. Dig. *de rescindenda venditione* ricisamente niegavasi al venditore ogni azione reale contro il terzo acquirente: *non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat in integrum restitutio competit.*

Davanti la nitidezza di questa legge antica, noi lasciamo ad altri il giudicare: se si possa prestare attenzione a questa opposizione di Voet, ove risponde a Vinnio: *nec est quod ostendas, plenissimo et irrevocabili jure statim ab initio dominium a venditore in emptorem transivisse. Nam cum ad emptionem inter alia requiratur ut pretium justum sit, et rei vendendæ respondeat, intelligi non potest plenum et irrevocabile dominium rei in emptorem translatum, quamdiu ab emptore pretium justum, vel saltem iniquitate tollerata laborans præstitum non est*. Imperocchè se fosse vero che il compratore non avesse acquistato l'irrevocabile dominio, non avria potuto legittimamente trasferirlo nei terzi; o per lo meno la legge sovra invocata avria conceduto al primo venditore querelantesi della lesione enorme, l'esercizio della azione reale

vendicatoria contro il secondo compratore. Ma essa non la concedette, perchè l'unico motivo della sua disposizione era quello di favorire l'equità: *humanum est,* dicevasi, *ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente.* Ma l'ugual motivo non ci avea contro il terzo compratore e il creditore, i quali aveano avvantaggiato per nulla da quel contratto; e in vece che il primo compratore in virtù di quell'azione personale, non perdeva nulla dello speso, essi avriano perduto forse la differenza tra il prezzo pagato dal primo compratore alla somma da essi esborsata o nella seconda compera o nel credito.

Il Codice Napoleone nell'articolo 2125, che in parte dà materia al presente §, parrebbe consacrare la opinione contraria, per esservi queste espressioni: coloro che non hanno sull'immobile che un diritto.... risolubile in certi casi, *o soggetto a rescissione,* non possono consentire che un ipoteca sottomessa alle medesime condizioni, *o alla stessa rescissione.* (1)

Però nell'articolo 62 della legge ipotecaria di Toscana è stabilito. » non si risolvono (le ipoteche) e non si annullano e continuano a sussistere in tutta la loro efficacia quando la risoluzione o l'annullamento del dominio dell'acquirente, o del possessore è un effetto dell'azione rescissoria per il capo della lesione enorme, ...... salvi in questi casi alla parte cui ritornano i beni, i suoi diritti per l'equivalente indennità contro la persona che ha obbligati i beni medesimi. » La ugual disposizione fu sancita nell'art. 110 del regolamento ipotecario di Romagna, nel quale si soggiunge « a meno che il creditore, prima di acquistarla (l'ipoteca) non fosse posto in malafede con atto giudiziale. »

Nel § 468 del Codice civile austriaco non si trova l'equivoco della legge francese; ma si dice semplicemente, che il pegno si estingue *col cessare del diritto temporaneo* di chi l'ha costituito sulla cosa. E con questa formula non rimane pregiudicata la nostra conclusione, perchè se la lesione enorme è causa sufficiente per il § 934 dello stesso Codice a domandare la rescissione del contratto di compra e vendita, in nessun luogo si dice che la vendita e la proprietà venduta sia rescissa o nulla *ipso jure* (2). Il seguente § 935 chiamerebbe questa rescissione non già una conseguenza immediata e implicita nel fatto della lesione enorme, ma semplicemente un *rimedio di diritto.* La qual espressione fa richiamare come sua ragione latente quella ragione d'equità, dell'*humanum est,* per cui la succitata legge romana permetteva la rescissione.

(1) A quest' articolo corrispondono esattamente in questo riguardo, l'articolo 2186 del Codice albertino, l' articolo 2011, del Codice siciliano. Li articoli 2179 del Codice parmense, e dell'estense, scambiarono la parola *rescissione* in quella più generale *di resoluzione.*

(2) Liberale Beretta, *man. della compravendita* num. 304-307, dice che il diritto della rescissione sia personale, all' appoggio della sentenza dell' appello veneto 31 luglio 1853, confermata in terza istanza.

Nè in questa materia delle limitazioni e comparteeipazioni reali dei dominii l'interpretazione potrebbe largheggiare, senza essere licenziosa e feconda d'infiniti pericoli. Assai limitazioni vi sono, perchè non si debba impedire che altre s'inventino. Nè nel sistema austriaco che ha per base il sistema tavolare, e con esso non riconosce diritto reale sopra gli immobili, che non sia inscritto, si potrebbe supporre reale questo diritto di rescissione; il quale non può essere inscritto all'atto che nasce, perchè il venditore farebbe più presto a non vendere o a non accontentarsi del prezzo infimo; e se non è inscritto o inscrivibile all'atto della vendita, non si può inscrivere dappoi, prima che in un regolare giudizio si stabilisca il fatto e l'attendibilità della lesione. Nè questa attendibilità è sempre ottenibile, nè il creditore può sempre farsene carico; stantechè non è ovvio lo stabilire se il prezzo della vendita sia inferiore al valore dello stabile; come non è ovvio il constatare se concorrano o no le circostanze contemplate nel § 935, le quali escludono questo rimedio di diritto, come sono quelle: se il venditore vi avesse rinunciato: se avesse conosciuto il vero prezzo: se ei avesse motivo di credere che si avesse voluto in parte vendere e in parte donare: se il vero prezzo del tempo della vendita non si potesse più riconoscere.

Circostanze sono queste, le quali oltrechè giustificherebbero la buona fede del creditore, danno a divedere come il Legislatore non avesse voluto uscire dai privati rapporti fra i contraenti, ed essendo questi rapporti intralciati, occulti, variabili, e difficilmente accertabili, non avesse pensato ad obbligare i terzi alle loro risultanze (1).

**15.** I fautori dell'opinione contraria alla nostra nella precedente quistione convengono pure colla nostra stessa conclusione nell'altro caso consimile della donazione revocata per cagione d'ingratitudine del donatario, ammettendo che non si risolvano le ipoteche costituite sul fondo donato. Eppure la ragione del decidere è l'identica nell'uno e nell'altro caso. Imperocchè Mercuriale Merlino dice in questo riguardo: *quod si* (res donatæ) *alienatæ sint ante commissum causam ingratitudinis, non possunt revocari a donatore. Ergo idem videtur dicendum quoad hypothecas contractas ex ratione identitatis* (2). E diffatti la legge 7 Cod. *de revocandis donationibus* niegava in questo caso che si potesse rivocare il dominio in danno dei terzi, come nella legge 10 Cod. *de rescindenda venditione,* si proteggevano i terzi contro il venditore rivocante per lesione enorme. La ragione deduttrice in ambedue i casi era identica: nè

(1) Basevi, *annotaz.* al § 468, num. 3. 4. Codice civ. aust. nella sesta edizione, paragonerebbe la rescissione per lesione enorme alla ricupera, dicendo che il creditore può rilevare la congruità del prezzo del titolo di acquisto. Mi pare d'aver stabilito sufficientemente il contrario.

(2) Merc. Merlin. *de pign.* lib. 3. tit. 1, quæst. 12. num. 3. Vinnio decide anche in questo caso per la validità delle ipoteche: *selectae jur. quaest.* lib. 2. cap. 5.

noi vediamo che si possano conciliare tra di loro le due diverse opinioni.

Vedemmo tra i moderni Troplong e Chiesi parteggiare per la nullità delle ipoteche in causa della rescissione della vendita per lesione enorme: eppure i medesimi conciudono che le ipoteche non si discioigono quando la donazione fosse revocata per causa d'ingratitudine (1). Il motivo più diretto che li determinò a quest'ultima conclusione è da riporsi nella disposizione positiva dell'articolo 958 del Codice civile francese, ove si legge: che la revoca a titolo d'ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, *nè alle ipoteche* ed altri pesi reali ch'egli abbia potuto imporre sugli stessi effetti donati (2).

La stessa conclusione si può condurre anche per la legge austriaca, per argomento di ciò che si dispone nel § 949 del Codice civile. « L'ingratitudine fa sì che il donatario ingrato debba *per quanto alla sua persona* considerarsi come un possessore di mala fede, ed anche gli eredi del donante offeso, se non abbia questi perdonata l'ingratitudine, *e in quanto rimanga qualche cosa in natura o in valore di ciò che fu donato,* abbiano il diritto all'azione diretta a rivocare la donazione *anche contro gli eredi del donatario* ingrato. » Quindi, conciudiamo noi, se il donatario è tenuto soltanto per la sua persona, e se la legge concede l'azione della revoca solamente contro a' suoi eredi, per la regola metodica, *inclusio unius exclusio alterius,* rimane escluso che questa revoca possa riescire a pregiudizio del terzo o acquirente o creditore con ipoteca. E pel seguente § 952 sembrerebbe doversi eliminare ogni dubbio; poichè se il donatario non possiede più la cosa donata o il suo valore, lo si dichiara tenuto solamente in quanto abbia cessato in malafede di possederla (3).

Ora viene il destro di domandare ai suliodati giureconsulti, qual sia la ragione per cui diversamente decidono nella rescissione per lesione enorme e nella revoca per ingratitudine. Il rispondere nell'un capo colle parole della legge non è cosa difficile: ma il decidere diversamente in un caso analogo ove tace la legge, non si può senza una profonda penetrazione dell'argomento. Troplong addusse questa ragione differenziale che la ingratitudine del donatario sia una causa *volontaria* e *posteriore* all'ipoteca, nel mentre che la lesione enorme sia una causa preesistente e necessaria. Ma questa sua distinzione è impugnata da Chiesi; il quale osserva giustamente che è preesistente e necessaria tanto l'una che l'al-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num 466. Chiesi, sist. ipotec. num. 687.

(2) A questo articolo corrispondono gli art. 883, del Codice siciliano: art. 1918, del Codice parmense: art. 990, 991, del Codice ticinese: art. 1167, del Codice albertino: art. 1905, del Codice estense: art. 62, della legge ipotecaria di Toscana.

(3) Conclusione adottata da Basevi al § 468, num. 3, e al § 948, num. 6. Codice civ. aust. Zeiller, al § 949, n. 1. conviene con noi circa il terzo acquirente: tace in riguardo al creditore.

tra causa di risoluzione. Perchè la revoca per l'ingratitudine è un diritto del donante, è senza dubbio una causa necessaria; ed è egualmente, come la rescissione per lesione enorme, una causa preesistente: perchè e l'una e l'altra causa sarebbero state contemplate nel contratto, e nella legge anteriore. Chè se pure si volesse dire che il fatto della ingratitudine sia posteriore, e che quindi sia posteriore la causa, resterebbe ancora a chiedere il perchè lo stesso Troplong non esita a dire risolutiva delle ipoteche quella causa posteriore che nascesse per l'inadempimento delle condizioni aggiunte alle donazioni. Dunque non il fatto materiale, ma il contratto o la legge forniscono la vera causa risolutiva: il fatto materiale non può somministrare che l'occasione. E il signor Chiesi, con queste opposizioni, come concilia le sue diverse conclusioni? Noi non ci chiamiamo contenti che egli dica che l'articolo 958 del Codice Napoleone sia un'eccezione al seguente articolo 2125: noi vogliamo e la ragione di questa eccezione, e che questa ragione si combini con quella per cui conchiuse diversamente nel caso della rescissione per lesione enorme. Nè ci accontentiamo ch'egli adduca questa o quell'altra ragione: ma dee dimostrare la differenza sua con quella contraria della lesione enorme. Egli dice che la revoca della donazione fu introdotta non per favorire il donatore, ma per punire l'ingrato donatario. Ma a chi interessa in fin di fine la pena? Al donante. E se la legge non avesse voluto reintegrarlo nelle sue facoltà, perchè restituirgli le cose sue, le quali donate ad un più meritevole gli procurerebbero l'amore che s'accende dei benefizii? O non è forse identica la posizione morale del venditore che s'aspettava un giusto prezzo, e quella del donante che ha pur diritto al prezzo della sua liberalità, cioè la riconoscenza?

Ma che vado io dicendo? Il signor Chiesi non pensò mai a ravvicinare, non che a combinare quelle sue opposte conclusioni. Egli fu lieto di dire che l'ingratitudine del donatario, comunque sia causa preesistente e necessaria, non è sufficiente a sciogliere le ipoteche, perchè il legislatore fa un'eccezione alla regola generale — *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis,* onde la pena inflitta al donatario non torni in pregiudizio de' suoi innocenti creditori (1).

E non si dovrà dire il medesimo della vendita rescissa per lesione enorme? Non abbiamo noi osservato che i terzi non potendo conoscere la lesione solo per la pochezza del prezzo, ed essendo imputabile il venditore per la sua parte di negligenza, avrebbe applicazione il principio pratico della buona fede, e con esso si proteggerebbero i creditori estranei, e gli acquirenti? E in ultima analisi: le azioni del venditore per la rescissione e del donante per la revoca, per tutte queste ragioni, sono inefficaci contro i terzi, cioè limitate ai rapporti personali col donatario e col compratore e coi loro eredi: e quindi i loro diritti costituiscono bensì

(1) D. n. 687. pag. 354. vol. 3.

una causa risolutiva coi caratteri di necessità e di preesistenza, ma non col carattere decisivo della *realità:* per il qual difetto nell'uno e nell'altro caso si deve egualmente decidere in prò della validità delle ipoteche ottenute dai creditori di buona fede.

Le donazioni si ponno revocare anche nel caso che fossero inofficiose, ossia, come è detto nel § 951 del Codice civile austriaco, quegli che al tempo della donazione ha discendenti, ai quali è dovuta la legittima, non può in loro pregiudizio fare una donazione che ecceda la metà della sua sostanza. Se ha sorpassata questa misura, e se i discendenti dopo la di lui morte possono provare che la di lui eredità netta è minore della metà della sostanza, che aveva al tempo della donazione, possono ripetere in proporzione dal donatario la parte da lui ricevuta contro la disposizione di legge.

Delle ipoteche concesse da questo donatario diremo quello che dissimo col § 952 nel caso precedente, che cioè il donatario è tenuto solo ed in quanto abbia cessato in malafede di possedere le cose donate, o il loro valore: donde inferiamo: che il creditore ipotecario di buona fede sarà protetto nello stesso modo che se esso avesse comperato da colui il fondo ipotecato.

Il seguente § 953 soggiunge: con questa stessa limitazione si possono ripetere anche le cose donate in pregiudizio dei creditori che esistevano al tempo della donazione.

**16.** Nell'antecedente § (num. 21) dicemmo che l'usufrutto può essere materia dell'ipoteca. Ma questa servitù personale è temporanea, cioè circoscritta alla vita d'una persona: se fosse perpetua non si potria concepire come ad altri interessasse la proprietà nuda, della quale non avesse mai a godere. Di questa naturale risolubilità in riguardo alle ipoteche trarremo le stesse conclusioni che ponemmo superiormente, avuto riguardo a ciò che la causa risolutiva dell'usufrutto, siccome suppone la proprietà nel retraente, così è una causa anteriore e reale.

Se l'usufrutto si risolvesse per la libera volontà dell'usufruttuario, come nel caso che lo cedesse ad altri, o lo ipotecasse, e per cagione dell'ipoteca ne rimanesse espropriato, diremo che questa causa risolutiva essendo posteriore e volontaria non influisce sulle anteriori ipoteche.

Ci ha però un caso in cui l'usufrutto si può risolvere per cagione di fatti volontarii di chi lo gode, e può essere dubbio se l'ipoteca da lui concessa si conservi per tutta la durata originaria del medesimo.

Nel § 520 del Codice civile si prevede questo caso, e si dispone: di regola il proprietario non può esigere da chi ha l'uso o l'usufrutto una cauzione per assicurare la sostanza della cosa, se non nel caso che si manifesti un pericolo. *Se la cauzione non viene prestata, o si deve cedere la cosa al proprietario verso un equo compenso,* o si deve secondo le circostanze sottoporla all'amministrazione giudiziale. Nel caso che la cosa

fosse ceduta al proprietario *verso un equo compenso,* noi non ravviseremo che una cessione ordinaria, per la quale le ipoteche costituite non si risolvono. Tutt'al più il proprietario potrebbe dimettere i creditori offrendo ad essi sul compenso dovuta quella parte che loro fosse devoluta come fosse il prezzo dell'usufrutto. Egli potrebbe costringerli alla dimissione, perciocchè consoliderebbe l'usufrutto colla proprietà, non veramente per il liberissimo volere dell'usufruttuario, ma in grazia della legge che gli dà il diritto alla consolidazione, quindi all'estinzione dell'usufrutto, e alla perenzione delle ipoteche imposte sul medesimo. Ma la legge coll'attribuirgli questo diritto di ricupera non può aver voluto sacrificare l'interesse dei terzi. E noi non vediamo che il proprietario in quest'occasione possa prescindere da quei riguardi, dei quali non è disobbligato nel caso del retratto convenzionale.

Le stesse conclusioni valgono nella legislazione francese (1): perchè l'articolo 618 del Codice Napoleone più specialmente le suggerisce. « L'usufrutto, vi si legge, può anche cessare per l'abuso che fa l'usufruttuario del suo diritto, tanto col cagionare deterioramenti ai fondi, quanto col lasciarli deperire per mancanza di ordinarie riparazioni. I creditori dell'usufruttuario possono intervenire alle liti, ad oggetto di conservare le loro ragioni; essi possono offrire la riparazione dei commessi deterioramenti, e dare delle cauzioni per l'avvenire. I giudici possono, secondo la gravezza delle circostanze, pronunziare l'estinzione assoluta dell'usufrutto, ovvero ordinare l'immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all'usufrutto, *col peso però di pagare annualmente all'usufruttuario, o agli aventi causa dal medesimo, una somma determinata* fino al momento in cui l'usufrutto avrebbe dovuto cessare (2). »

**17.** L'analisi che abbiamo instituita nei capi precedenti in riguardo alla causa risolutiva e *mista,* ossia alla quale non fosse estraneo il libero arbitrio del possessore, ora dobbiamo dirigere sull'argomento gravissimo della caducità dei livelli, i quali si risolvono o per la mora nel pagamento de' canoni o dei laudemii, o per le deteriorazioni del fondo enfiteutico.

Comunque dipendesse dall'utilista di adempiere esattamente a questi obblighi dell'investitura fondiaria, e la causa della caducità si potesse attribuire al suo libero arbitrio, non esitarono gli antichi a pronunciarsi per la risoluzione delle ipoteche quando il dominio utile, sul quale risiedevano, venisse per tal cagione a risolversi. Un argomento diretto traevano dalla simile materia del dominio *vectigale,* in riguardo al quale Cervidio Scevola avea somministrata questa dottrina. *Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset; is fundus*

(1) Chiesi *sistema ipotec.* num. 570.

(2) A questo articolo corrispondono esattamente gli articoli 543 del Codice siciliano: art. 475 del Codice parmense; art. 529 del Codice albertino; art. 490 del Codice estense.

*ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est. Quæsitum est an recte pignori datus est. Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quæsiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse: cujus potior causa esset? Respondit: si ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset*, ETIAM PIGNORIS JUS EVANUISSE (1).

Dicemmo che il *gius vectigale* o tributario fosse materia simile al *gius enfiteutico;* e diffatti praticamente Accursio li congiunse in un sol genere (2): e si congiungono invero sia nell'origine storica (3), sia per identità di natura: perciocchè in l'uno e in l'altro ci ha un dominio diretto che padroneggia ed assorbe il dominio utile.

Il responso di Scevola può applicarsi assai acconciamente nel caso proposto, perchè tanto l'utilista quanto il possessore d'un fondo tributario perderebbero il possesso per un proprio fatto, per una causa volontaria: e con tutto ciò si dice che le ipoteche s'estinguano. Conciosiachè nell'investitura stessa del dominio utile la causa di risoluzione del medesimo comminata per l'insolvenza dei canoni o per altri fatti od ommissioni è causa *preesistente,* perchè originaria nello stesso dominio utile; *necessaria* per l'utilista, che non può mutare di per sè medesimo il titolo del suo possesso; e *reale,* perchè inerente al dominio diretto che l'investiente si è riservato. Il fatto della mora nel pagamento dei canoni, o nelle riparazioni, è piuttosto *occasione* che non vera *causa* della caducità: la vera causa è prestabilita e determinata dall'anteriore contratto, di modo che l'utilista operando in contrario si sottopone alla necessità di perdere il suo diritto. Come avviene nel caso che il padrone d'un fondo avesse ipotecato una seconda volta lo stesso fondo. Il secondo creditore non potria lagnarsi che dipendesse dalla volontà del suo debitore di adempiere agli obblighi personali assunti col creditore ipotecario antecedente: e molto meno potria lagnarsi che costui per l'insolvenza volontaria del commune debitore non avesse diritto di farsi pagare di preferenza sul fondo ipotecato. Valga adunque l'opinione commune: « *ut non dicatur causa voluntaria, quando emphyteuta deficit in solvendo canonem, vel incidit arbores fructiferas, vel committit delictum, per quod venit privandus: quia in istis casibus emphyteuta non potest impedire, quominus res domino applicetur: et hoc modo dicitur actus necessarius.* » Così Fulgineo nel suo celebre trattato delle enfiteusi (4). Ed egualmente Neguzanzio: « *emphyteuta, non solvendo canonem, si ab eo avocetur res emphyteutica per directum dominum ob caducitatem, debitor præjudicat sibi et creditori, cui illam rem obligavit; et tamen erat in sua potestate solvere*

(1) Leg. 31. Dig. *de pignor. et hyp.*

(2) Glossa in d. legem.

(3) Veggansi le dotte dissertazioni di Valasco *de jure emphyth.* quæ 31. e di Borsari nella introduzione al suo *contratto d'enfiteusi.*

(4) Fulgineo, *de jure emphyt.* tit. *de renuncial.* quæ. 3. n. 4. Surdo, *decis.* 286. n. 9. 14.

*canonem, et evitare caducitatem. Et ideo .... Baldus dicit non debere esse in consideratione voluntas ejus a quo res avocatur,* SED AN JUS AVOCANTIS AFFICIAT REM, *et hoc sufficiat ad resolvendum, et maxime quia non debet factum illius a quo res avocatur præjudicare avocanti, et sic facere, quod res remaneat hypothecata* (1). E con altre parole in termini più generali Vinnio insegna che la regola: *quod resoluto jure dantis resolvatur et jus accipientis,* si possa applicare solamente nel caso: *ubi res ab eo pignorata est, qui plenum in ea re jus non habet, sed alius est, qui in eadem re jus habet potentius, reique ipsius proprietatem. et ad quem jus illud a proprietate separatum, quod alter habet, certis casibus et certis ex causis pervenire potest, sive istud jus sit affine dominio, quale est emphyteuticum et superficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant, sive servitus tantum et nudum jus utendi fruendi. Igitur si emphyteuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem oppignoraverint, jure eorum sublato, puta quod alter in solutione canonis cessaverit, alter in solvendo solatio, evanescet et pignus* (2).

Queste conclusioni si vedono emanare direttamente dal principio formale della proprietà: perchè nessuno può disporre del suo diritto oltre della sua originaria efficienza. Ed esse furono accreditate nell'articolo 1690 del Codice delle due Sicilie, ove leggiamo: « nel caso di devoluzione il fondo ritorna al proprietario libero da ipoteche o da qualunque servitù, benchè indotta senza fatto dell'enfiteuta; » e più esplicitamente nell'articolo 427 del Codice parmense: » terminata l'enfiteusi o pel decorso del tempo, o per caducità .... si risolvono le ipoteche e le servitù imposte dall'enfiteuta » (3).

E noi non diremo diversamente del Diritto civile austriaco: imperocchè i §§ 1127 e 1128 del Codice civile stabiliscono la regola generale che l'utilista può alienare e dare a pegno la sua parte in quanto con ciò non vengano lesi i diritti del direttario: e il § 1138 dopo aver detto che il direttario non è responsabile per i pesi contratti dal proprietario utile e non inscritti nei pubblici libri, soggiunge con molta significazione, che *in generale il proprietario utile non può trasferire in altri un diritto maggiore di quello ch'egli ha; il diritto quindi dell'uno si estingue col cessare del diritto dell'altro.* E quasi queste disposizioni non fossero abbastanza chiare per stabilire in confronto ai creditori ipotecarj dell'utilista il principio del *nemo plus juris* ecc. si soggiunge nel § 1139 quest'altra massima: *in generale i diritti e gli obblighi del proprietario utile sono in relazione reciproca coi determinati diritti ed obblighi del direttario.*

Havvi forse nel nostro Codice civile qualche altro luogo ove con maggior copia di espressioni si promulghi un principio e la sua diretta ap-

(1) Negozant. *de pignor.* par. 5, mem. 1. num. 45.

(2) Vinnio *select. quaest.* lib. 2. cap. 5

(3) L'ugual conclusione è adottata da Chiesi *sist. ipot.* num. 691.

plicazione? Eppure nella nostra giurisprudenza pratica la presente ricerca è delle più dubbiose, almeno per chi si formalizza soverchiamente dell'autorità dei giudicati. Basevi sosterrebbe una conclusione contraria alla nostra per due obbiezioni che egli desumerebbe, l'una dal § 468, l'altra dal § 1149 del Codice civile. S'argomenta egli che il § 468 alluda anche all'enfiteusi temporanea, non però all'enfiteusi nel caso che trattiamo. Ma in questo caso non parliamo forse del diritto dell'utilista che può essere temporaneo, e può cessare colla possibile caducità? Noi presupponiamo come elemento della quistione proposta, che l'enfiteusi sia caducata per un diritto anteriore e reale del direttario: supponiamo dunque che *in fatto* l'enfiteusi sia temporanea e risolubile. E se è tale l'enfiteusi che si scioglie per tal causa, come può egli dire che l'utilista abbia un diritto permanente? A noi basti di dire colla formula letterale della legge: *si estingue il diritto di pegno .... col cessare del diritto temporaneo di chi l'ha costituito.*

Forse si potrà dire che quel § consacri il principio pratico della buona fede del creditore, come dissimo superiormente; ma non è ciò cui mira l'obbiezione di quel giureconsulto (1).

E nemmanco il § 1149 può essere più concludente: perchè il Legislatore in quel luogo allude alla consolidazione, che è ben diversa dalla caducità. « *Se il proprietario utile,* vi si legge, *non ha un successore legittimo,* la proprietà utile si consolida colla diretta; ma il direttario che voglia esercitare questo diritto dee pagare *tutti i debiti* del proprietario utile, che non possono essere soddisfatti cogli altri beni di quest'ultimo. »

La qual legge, se stessimo all'assunto avversario, proverebbe nulla, perchè prova troppo. Il direttario colla consolidazione deve pagare *tutti i debiti* dell'utilista; dunque anche i debiti non iscritti, non ipotecarj. Il che non vorrebbesi sostenere nè da Basevi nè da alcun altro.

Il caso della consolidazione, cui allude questo § si verifica soltanto allora che l'utilista muoja senza alcun successore: e questa espressione della legge è tassativa. In questo caso la consolidazione si considera come fosse una retrocessione volontaria dell'utile dominio in prò del padrone del diretto. E gli antichi accuratamente distinguevano la caducità inflitta per l'inadempimento degli obblighi inerenti all'enfiteusi, da questa consolidazione o retrocessione. La caducità avviene come causa risolvente *anteriore* e *reale:* la consolidazione è una causa risolvente *posteriore*: quindi nessun fatto posteriore può privare i creditori dell'acquistato diritto reale d'ipoteca (2). Cita Basevi l'autorità di alcuni giudicati (3); ma cosa concludano i giudicati in genere contro la legge, ed alcuni nel caso speciale, vedremo in avanti: dopo che avremo esaurita la seguente ricerca.

(1) Basevi, al § 468. n. 6

(2) Surdo, *decis.* 286 n. 3. Tiraquel. *de retraict convent.* § 34. glos. 1. n. 7. et segg. Corbulo, *de emphyt.* tit. *de causis. privat. ob non solut. canon.* ampliat. 34. n. 3.

(3) Basevi, al § 468, n. 6. § 1149, num. 2.

**18.** La giurisprudenza antica temperò praticamente la deduzione analitica dal principio, che nessuno possa dare più di quello di cui possa disporre, in questo senso che la risoluzione del dominio non si potesse allegare in pregiudizio dei creditori ipotecarii, quando non fosse trattata in di loro confronto appositamente e a cose intatte. Non credevano bastare, che nei rapporti particolari tra chi revoca e chi perde il dominio, si fosse giudicato per la risoluzione: perchè essendo stati estranei i creditori a quel giudicato, non possono soffrirne alcun pregiudizio.

Questa limitazione è ragionevole sotto più d'un riguardo.

Può darsi che il debitore si sia daneggiato in quel giudizio o per imperizia, o per qualche eccezione personale, o per l'eccezione della prescrizione, la quale, come vedremo nel successivo § LVII, num. 5, può assomigliarsi ad un'alienazione volontaria (1): ovvero può aver colluso coll'altra parte in danno de'suoi creditori. L'interesse dei creditori importa che da sè medesimi provvedano alla conservazione del proprio diritto: possono dunque invocare il principio: *res inter alios judicata, tertio nec prodest nec nocet* (2).

A queste diverse ipotesi alludettero i romani giureconsulti. Papiniano disse: *enimvero fieri potest ut et pignus recte sit acceptum*, *nec tamen ab eo* (sc. debitore) *lis bene instituta;* che se il pegno fosse stato concesso dopo la sentenza, non sarebbe dubbio che allora non terrebbe, perchè *non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit* (3). *Idque ita constitutum est*, scrisse Macro, *in persona creditoris, cum debitor victus appellasset: nec ex fide causam defenderet. Quæ constitutio ita accipienda est, si interveniente creditore debitor de pignore victus provocaverit*: *nam et absenti creditori nullum præjudicium debitor facit; idque statutum est* (4). E l'imperatore Antonino rescrisse: *nec tibi* (sc. creditori) *oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum* COLLUSISSE *cum adversario tuo, aut ut dicis non causa cognita, sed* PRÆSCRIPTIONE *superatum esse constet* (5). E in termini più generali replicava Papiniano: *si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, non admonito creditore, causam egerit, et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam præcesserit* (6).

Queste conclusioni sono feconde d'un altro e importante corollario. Imperocchè non altrimenti può nuocere al creditore la causa risolutiva

(1) Leg. 7. Cod. *de pignorib. et hyp.* leg. 44. § 5, Dig. *de usurpat. et usucap.* leg. 1. § 2, Dig. *de pignor. et hyp.*

(2) Leg. 16. Dig. *qui potiores in pign.*

(3) Leg. 3 Dig. *de pignor. et hyp.* Eguale è la decisione d'Ulpiano nella leg. 11. § ult. Dig. *de except. rei judic.*

(4) Leg. 4. § 4. Dig. *de appell. et relat.*

(5) Leg. 5. Cod. *de pignorib. et hyp.*.

(6) Leg. 29. § 1, Dig. *de except. rei judic.* Queste conclusioni furono accettate unanimemente da Neguzant. *de pign.* par. 6. n. 3. n. 39, 40 M. Merlio, *de pign.* lib. 5. tit. 1 quæ 39, n 4-7. Baldnin, *de pignor.* cap. 12 e 20 Hotoman, in leg. 5. Cod. *de pignorib.* Donneau, *de pignor.* cap. 8. Voel, *in pand. qui potiores in pignor.* num. 2.

del dominio, se non perchè sia prevalente al suo diritto. Ma questa prevalenza dev'esser stabilita con un'apposito giudizio in suo confronto. E non deve essere per tal modo stabilita, se non perchè egli ha un diritto reale efficace e mantenibile sulla cosa. Or bene, perchè quella causa risolutiva gli possa nuocere, deve non solo essere ventilata in un apposito giudizio, ma deve essere ventilata *re integra* in quello stato che si saria esercitata in confronto al debitore; come dissimo parlando della ricupera, e si può dire dei casi analoghi.

**19.** Cimentiamo le superiori nostre conclusioni colle decisioni dei nostri tribunali.

1.° Caso: nell'anno 1815 Luigi fu investito del livello di un fondo da parte di Carlo col patto della caducità nel caso di mancato pagamento dei canoni. Mevio creditore dell'utilista ottenne il pegno giudiziale sullo stabile livellario il 26 maggio 1846. Rimasto Luigi in ritardo del pagamento dei canoni, il direttario lo chiamò in giudizio, e lui contumace, fu pronunciata la caducità del livello colla sentenza 3 agosto 1847. Poscia chiamò in giudizio Carlo creditore, che non avea citato nella antecedente lite, perchè fosse dichiarato nullo ed improcedibile il di lui pignoramento.

Il tribunale di prima istanza (veneto?) colla sentenza 19 agosto 1850 assolvette il creditore perchè, secondo che è detto nei motivi, l'utilista può concedere ipoteche, le quali non si possono risolvere per la caducità del livello, per essere questa una causa risolutiva posteriore alle ipoteche medesime. Ed aggiunse che in tesi generale per il § 468 del Codice civile le limitazioni della proprietà ipotecata nuocciono al creditore solamente in quanto fossero state note al medesimo.

Al primo argomento rispondiamo noi, richiamando qui la teoria esposta superiormente sulla causa di risoluzione; la quale nella caducità dei livelli, è riposta nell'investitura originaria, e da essa veramente costituita, e non già sul fatto volontario dell'ommesso pagamento de'canoni, il quale non può essere qualificato che come una causa occasionale. Il tribunale con ciò non prendeva considerazione della vera origine del dominio dell'utilista, quindi della originaria e limitata sua natura: eppereiò stortamente invocava la legge, la quale permette bensì all'utilista di disporre del suo diritto, ma non concede che egli trasferisca in altri maggiori diritti di quelli che a lui medesimo competono.

Al secondo argomento rispose il tribunale d'Appello nei motivi della sentenza 20 novembre 1850, colla quale avea riformato il giudizio di prima istanza. Il creditore dovea e potea facilmente sapere che il fondo ipotecato era livellario. Non bastava consultare i libri *censuarii* ed ipotecarii, perchè non esprimono a sufficienza le condizioni della proprietà fondiaria, sicchè per le loro risultanze negative il creditore potesse dispensarsi dall'esaminare i titoli giustificativi del dominio del suo debi-

tore. Il creditore non può dunque iscusarsi, perchè sapea della natura livellaria del fondo.

E siccome il creditore avea opposto in lite che l'attore livellario dovesse dimostrare in qual modo l'utilista erasi meritata la caducità, l'Appello respinse quella eccezione col soggiungere che la collusione tra il direttario e l'utilista nell'anterior giudizio non era neppure sospettata

La terza istanza confermò colla decisione 25 febbrajo 1851 la prima sentenza (1).

Ognun vede come, nel silenzio assoluto della immotivata decisione suprema, non si possa schiarire tutta la controversia; come quella che racchiude diversi punti di esame. Il primo consiste nella tesi sostenuta in prima istanza della efficacia delle ipoteche dopo la caducità incorsa: il secondo nella tesi parimenti di diritto, se e come l'ignoranza del creditore gli presti un'eccezione: il terzo è la quistione di diritto e di fatto, se cioè la sentenza di caducità pronunciata in seguito alla contumacia dell'utilista, e senza citare in causa i creditori ipotecarii inscritti, nuoccia ai medesimi.

Quest'ultima quistione si può risolvere negativamente: ed in questo solo riguardo accettiamo la conferma di terza istanza.

2.° Caso: Due altri conformi giudicati abbiamo d'una Pretura e dell'Appello veneto: 21 maggio 1853 n. 3229, e 17 agosto 1853 n. 9053 (2); nella prima delle quali dichiaravansi sciolte le ipoteche per questi erronei presupposti: essere in massima responsabile il direttario dei pesi contratti dal proprietario utile, inscritti nei registri ipotecarj, quando non si proibì all'utilista la facoltà di contrarle; non trovare applicazione in questo caso la dispositiva del § 468 del Codice civile, perchè questa legge si riferisce ad un diritto temporaneo, e tale non sarebbe l'enfiteusi, nell'ipotesi che la caducità implicasse una condizione risolutiva. Errava la Pretura prima nel fatto: perchè ella stessa avvertiva che nell'investitura fosse proibito all'utilista la facoltà del vendere: e dimostrammo in più luoghi che la proibizione del vendere implica pur quella del dare ipoteche (3). Errava poi nel negare che il patto della caducità per sè solo avesse forza risolutiva contro i creditori, quand'anche l'avessero conosciuto: purchè non fosse stata proibita l'ipoteca. Eppure la comminatoria della caducità implica una condizione risolutiva del dominio utile: quindi è causa anteriore e reale. Errava poi inescusabilmente nell'interpretazione del § 468, limitandolo alla risoluzione futura d'un tempo certo e prestabilito: distinguendo nella legge ciò che ella non distingue, ma generalizza colle parole: *col cessare del diritto temporaneo*. Ora il diritto risolubile per una condizione non vorrà dirsi perpetuo.

L'opinione d'Appello non si conosce, perchè la conclusione fu conforme a quella della prima istanza.

(1) Giornale di Giurisprudenza prat. di Venezia, An. IV. 1851, num. 11, 12.

(2) Giornale di giurispr. prat. di Venezia, anno VII. 1854, n. 2.

(3) Vedi il § XIII, n. 4, 5 e 18.

3.° Caso: coll'investitura 22 marzo 1785 veniva concessa l'enfiteusi d'una casa col patto della caducità nel caso che non fosse pagato il canone d'un biennio. Direttario era un Canianzi, utilista un Ambrogio Gova. Nella convenzione giudiziale 12 giugno 1846 l'utilista prometteva di pagare entro quel mese sette semestri di canoni scaduti colla pasqua di quell'anno: riconosceva d'essere prima d'allora incorso nella caducità comminata nell'investitura originale; pure condonavasi: ma' sottomettevasi alla medesima se entro quel mese non avesse pagato tutto il debito. I figli eredi del Canianzi fecero pronunciare la caducità col decreto 10 settembre 1850.

Ma prima della convenzione giudiziale 12 giugno 1846 l'utile dominio era stato ipotecato dal Gova a favore d'Ippolito Naro e di altri creditori per la somma di L. 66070. 12. All'epoca del decreto 10 settembre 1850 la casa livellaria era stata per quelle ipoteche colpita da giudiziale pignoramento, stimata e posta in vendita; e n'erano seguiti due esperimenti di subasta previa intimazione allo stesso direttario. Avvi di più, il direttario Canianzi avea già esatto le rate di canoni promesse nella convenzione 12 giugno 1846, e le rate posteriori: di manierachè l'utilista non era più debitore d'alcuna somma quando gli eredi fecero pronunciare la caducità col decreto 10 settembre 1850.

Replicava l'attore che la convenzione del 1846 stabiliva come incorsa di fatto la caducità non pagandosi i canoni entro il giugno di quell'anno: e il decreto 10 settembre 1850 non fece che eseguire quella convenzione, quindi è retroattivo a quel tempo. Il posteriore pagamento non toglie quindi la caducità. Verissimo; ma qui si tratta non de' rapporti tra direttario ed utilista, ma de' rapporti coi terzi, coll'acquirente all'asta giudiziale e co' creditori ipotecarj. Il deliberatario all'asta giudiziale poteva opporre che avendo avuto il direttario cognizione giudiziale della subasta, ed eccitato ad intervenirvi per le sue opposizioni, non avendole fatte, si dee presumere ed indurre che vi abbia rinunciato.

I creditori ipotecarj opponevano che l'utilista loro datore potea per l'originaria investitura concedere ipoteche sull'utile dominio: che diffatto loro le concesse prima della convenzione del 1846. Questa convenzione in di loro riguardo essere una cosa *inter alios acta:* in ogni caso non poter essa togliere il gius quesito dei terzi. Aver essi acquistato validamente un'ipoteca. Il che importa che nessuna caducità potevasi pronunciare pregiudizievole ad essi, se non fosse pronunciata in di loro confronto. Essi rimasero estranei alla convenzione del 1846 e alla caducità posteriore: Trattasi oggi di ventilare in loro confronto quella caducità? Oppongono che manca il fondamento di essa: perchè non ci ha residuo debito di canoni, e la convenzione del 1846 non li riguarda: come quella che non potea senza il loro consenso privarli del gius quesito. Potea dal canto suo l'utilista rinunciare al suo utile dominio: ma quando ci ha un creditore che ha un'ipoteca valida per l'originale investitura,

la caducità dell'utile dominio deve essere pronunciata in loro confronto: e la causa rimane intatta in loro favore.

Odansi ora i motivi eleganti del tribunale di prima istanza, che li assolse colla sentenza 5 novembre 1853 n. 25398. — La facoltà di disporre a piacimento della sostanza e degli utili d'una cosa, trasferendola in tutto o in parte in altri, costituisce l'essenziale carattere della proprietà. Se questa è divisa, tale diritto compete del pari al direttario ed all'utilista, colla sola limitazione che dall'uno non s'intraprenda cosa contraria al diritto dell'altro, ma ad entrambi rimanga la facoltà di dare a pegno ed alienare la propria parte di proprietà. « I §§ 354, 362, 363, 1127 e 1128 del Codice austriaco consacrano questi principii, che la giurisprudenza ha riconosciuto essenziali a contrassegnare e distinguere la proprietà dagli altri minori diritti sulla od alla cosa. »

« Applicate tali teorie al caso concreto ne deriva che Ambrogio Gova poteva dare in ipoteca il proprio utile dominio, *a meno che la investitura livellaria portasse una convenzionale limitazione all'esercizio della sua proprietà,* o fosse stipulata in tempo, e con riferimento a leggi speciali, che vietassero all'enfiteuta di dare a pegno il fondo enfiteutico. »

« L'investitura del 1845 riportandosi all'originaria 22 marzo 1785, erano ad esaminarsene i patti in relazione a quell'epoca... E questa opinione fu ammessa dagli attori... Da tali premesse deriva che il Gova poteva dare a pegno al Naro, e questi, per ulteriore conseguenza era in diritto di esigere il pagamento sullo stabile ipotecato. »

« Suppongasi pure cogl'attori che la consolidazione potesse effettuarsi in forza del patto d'investitura, senza citazione od atto giudiziale, e pel solo fatto dei ritardati pagamenti: la convenzione giudiziale, avrebbe derogato alla severità di quella comminatoria, accordando al Gova una nuova dilazione sino a tutto giugno 1846, colla espressa e consensuale dichiarazione che la caducità non potesse verificarsi se non dopo la scadenza di quel nuovo termine. »

« A tutto giugno 1846 adunque non era avvenuta nè potea verificarsi la consolidazione.... A chi osservi che anche tale consolidazione (la posteriore) dipende da un fatto del debitore, quello cioè di non pagare il canone livellario, per produrre conseguenza a favore del direttario ***abbisognerebbe pur sempre che egli fosse in buona fede nell'esercitare la consolidazione.*** Tale non era la posizione del direttario, dacchè sino dal 3 novembre 1847 era stato notiziato del procedimento esecutivo del Naro, e non avendovi fatto opposizione, mentre questi proseguiva nei dispendiosi atti di stima ed asta, l'esecutante era ben anche in diritto di credere, o che non fosse verificato il caso della consolidazione, o che il direttario non intendesse di farne caso. »

« Se per tali ragioni il Naro agì secondo il proprio diritto nell'esecutare lo stabile, indubbiamente poi fece un valido acquisto colui che rimase deliberatario all'asta pubblica, eseguita sciente e non opponente

il direttario. Della buona fede poi del subentrante e del deliberatario nel vendere rispettivamente ed acquistare quello stabile, come di proprietà del Gova, quando l'intervento giudiziale non bastasse, ne sarebbe prova il silenzio stesso degli attori, che non osarono affermare fosse noto ai creditori l'ottenuta consolidazione. »

Ad onta di queste belle ragioni, quella sentenza fu riformata dal tribunale d'Appello con sentenza 23 febbrajo 1854 n. 1365.

Però la suprema Corte di giustizia e cassazione, con decisione 4 luglio 1855 num. 14994, confermò la sentenza di prima istanza: dalla quale si deve conchiudere in modo ben diverso di quello che conchiuse il sig. Beretta, che in capo alla proposta quistione formulò a modo di tesi, che il diritto di caducità del direttario non sia esercibile che per azione personale contro l'utilista. Nulla di più falso: quantunque, diremo a giustificazione dell'egregio giornalista, il motivato della Corte di cassazione gliene abbia dato occasione. Imperciocchè disse: i diritti del direttario coerenti al dominio diretto, per l'indole e per la natura legale di questo (§ 1131 e seguenti del Codice civile), non vedonsi lesi pel diritto d'impegnare concesso all'utilista, anche nelle estreme sue conseguenze, ma solo si ovvia alla iniquità che il direttario con sommo danno dei creditori e del pubblico credito e commercio per effetto d'una pena convenzionale (la caducità) enormemente esagerata, arricchire si possa con uno sproporzionato guadagno, in urto aperto colla massima proclamata nel § 1149 del Codice civile, dietro il quale il suo diritto, *persino* nel caso di caducità naturale e non penale, non sarebbe esercibile, se non previo pagamento dei creditori dell'utilista anche soltanto personali.

Ma mi sia lecito di domandare: la pena della caducità è valida o invalida per la legge vigente? Questa rispetta o non rispetta le convenzioni antiche? Risponde la stessa Corte col riconoscere che la caducità si verificò in pena della impuntualità nel pagamento del canone. Se la caducità è comminatoria iniqua, perchè la si dovrà concedere nei rapporti personali tra direttario e utilista? Concessa questa comminatoria, diviene una causa reale di risoluzione: se ciò non fosse saria illusoria, perchè l'utilista colle vendite o colle ipoteche vi si sottrarrebbe. Or come mantenere nel direttario questo diritto se non gli si concede d'esercitarlo contro i terzi? Fin qui adunque il sistema adottato dal tribunale d'Appello era inespugnabile. Ora come provvedere alla conservazione delle ipoteche concesse, e della seguita delibera? In niun altro modo se non col riconoscere la nostra tesi, che cioè la caducità per essere operativa contro i terzi aventi un diritto reale, dev'essere pronunciata in di loro confronto a causa intatta (1).

(1) Beretta Gior. di Giurisp. prat. di Venezia, an. VII. 1854. n. 25, 26. Gazzetta dei Tribun. di Milano an. IV. n. 104-106.

Quest' ultima conclusione fu adottata in un altro giudicato nel seguente: 4.º Caso. Carlo Cusi direttario avea ottenuto di far caducare Pietro Pani d'un utile dominio, che questi avea ipotecato a diversi. Indi chiese la cancellazione di queste ipoteche: ma in questo nuovo giudizio non volle allegare altro titolo del suo diretto dominio che le sentenze colle quali fu pronunciata la caducità. La prima istanza con sentenza 23 ottobre 1851 assolse i convenuti, dicendo, che in difetto di prova devesi ritenere l'utilista in diritto a poter liberamente disporre della proprietà semipiena: quindi dover esser valide le ipoteche anteriori alle sentenze di caducità, che furono l'unico titolo prodotto. Questa sentenza fu confermata in terza istanza (1).

## § XV.

Non si può costituire un' ipoteca sul fondo che non appartiene al debitore, senza il consenso del proprietario. È però valida l'ipoteca costituita sopra stabili dovuti al costituente per un titolo valido ad acquistare la proprietà; ma questa ipoteca ha efficacia solo allorquando, in virtù di quel titolo medesimo, la proprietà si acquista definitivamente; senza pregiudizio dei diritti dei terzi. Colui però, che ha acconsentita in proprio nome un' ipoteca sul fondo altrui, che in nessun modo gli apparteneva, non può impugnare la validità della medesima, quando ne fosse divenuto proprietario.

*Arg. dai §§ 366, 450, 457 e 822 del Cod. civ. austr.*
*Arg. dall'art. 2125 del Cod. Napoleone.*

### SOMMARIO.

1. Dell' ipoteca sulla cosa altrui. Del consenso espresso o tacito del proprietario.
2. Della proprietà che può in avvenire appartenere a chi costituisce l'ipoteca per un diritto personale a conseguirla; principio generale.
3. Teorica di Papiniano e della giurisprudenza posteriore: che si possa ipotecare la *res sibi debita*.
4. Dell' applicazione di questa dottrina nella legislazione austriaca; argomento dal § 822 del cod. civ. austriaco.
5. Dell' applicazione generale della teorica di Papiniano agli altri diritti personali alla proprietà.
6. Applicazione di questa teoria nella legislazione francese. Rettificazione dell' opinione che si possano ipotecare le azioni tendenti all' acquisto d' un immobile.

(1) Gazzetta de' Tribun. di Milano anno V 1855, num. 8.

7. Della concorrenza delle ipoteche concedute dal presente proprietario e da quegli, cui la proprietà è dovuta.
8. Della proprietà futura *ex causa de futuro*. Regola ed eccezioni sulla nullità delle ipoteche concesse sulla cosa altrui.
9. Della replica di dolo contro colui che costituì l'ipoteca sul fondo non suo.
10. Della condizione necessaria per la replica di dolo, cioè della buona fede del creditore.
11. L'ipoteca sulla cosa altrui si conferma in confronto di colui, al quale si può opporre la replica di dolo. Dell'erede e del possessore che ha ricevuto la delegazione del prezzo.
12. Se si conferma in confronto di ogni altro possessore. Della colpa del possessore.
13. Esame delle opinioni contrarie. Confutazione della prima tesi: che l'acquisto posteriore della proprietà ratifichi ipso jure l'ipoteca concessa sulla medesima, in confronto dei terzi. Confutazione del primo argomento.
14. Confutazione del secondo e terzo argomento.
15. Confutazione del quarto argomento.
16. Conclusione negativa sulla prima tesi.
17. Confutazione della seconda tesi: che il successor singolare sia tenuto del dolo del suo datore.
18. Se la replica di dolo nuoccia ai posteriori creditori con ipoteca o senza. Estremi della medesima.

**1.** La regola generale che abbiamo constatata nei precedenti paragrafi, per la quale il diritto d'ipoteca non può essere costituito sopra di un immobile se tra questo e l'autore dell'ipoteca non ci sia un rapporto giuridico che dicemmo proprietà, possesso od usufrutto, richiede un altro lavoro di deduzione per tre ordini di fatti che non abbiamo ancora ventilati.

Noi dobbiamo parlare della proprietà altrui, e della proprietà futura: ossia delle ipoteche che si vorrebbero costituire sulla proprietà, la quale fosse appartenente ad altri affatto affatto: o cominciasse ad appartenere al debitore, ma imperfettamente: o potesse in avvenire acquistarsi.

Cominciamo dalla proprietà che è tutta affatto d'altri. Per essa diremo che non è passibile d'ipoteca, se il proprietario non vi acconsente (1). Già dicemmo che il terzo, come proprietario ed arbitro delle cose sue, può sottometterle ad ipoteca per un debito altrui (2). Qui dobbiamo cercare in qual modo può autorizzare siffatta ipoteca. Egli lo può con un patto espresso e formale nel modo stesso che potrebbe colla fidejussione obbligarsi per altri (3). In qual tempo dovrà interporsi questa sua autorizzazione? Ossia nel caso che il debitore avesse ipotecato il suo fondo, può egli poscia ratificare questo atto arbitrario? Risponde affermativamente Paolo: *aliena res pignori dari voluntate domini potest; sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit* (4). E Marciano

(1) Leg. 6. Codice *si aliena res pignor.*
(2) § V, n. 3.
(3) Donell. *de pignor.* cap. 7. Holoman, in Dig. *quae res pignori* num. 3, Zeiller e Nippel al § 456, n. 1. Codice civ. aust.
(4) Leg. 20. Dig. *in pignorat. action.*

soggiunge: *dicendum est hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit* (1). La sua ratifica varrà a sanare il difetto originario dell'ipoteca; non la renderà però efficace in pregiudizio dei creditori che avessero ottenuto sul medesimo fondo un'ipoteca nel tempo intermedio (2).

Il consenso del terzo può essere tacito ossia presunto da alcuni suoi atti. Il § 863 del Codice civile l'uguaglia al consenso espresso; avvegnachè la volontà si può dichiarare per atti tali che, ponderate tutte le circostanze, non lascino alcun ragionevole motivo di dubitare (3). Marciano ci esibisce un ottimo esempio, con dire: *si quis fidejubeat, quum res illius a debitore pro quo fidejussit pignori data sit: bellissime intelligitur hoc ipso quod fidejubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas. Sane, si postea sint ejus res hypothecæ datæ, non erunt obligatæ* (4). E diffatti il prestare la propria fidejussione nell'atto che il debitore ipoteca alcun suo fondo, significa lo stesso che acconsentire al fatto del debitore medesimo. Ma se questo fatto è posteriore alla fidejussione, il fidejussore non essendo intervenuto, non s'intende avere approvato quel fatto arbitrario. Quindi rimarrebbe obbligato personalmente colla fidejussione, non realmente coll'ipoteca.

Modestino ci dà un altro esempio. Un padre non potendo scrivere pregò il figlio Sejo emancipato a scrivere di sua mano un chirografo per danaro che egli avea ricevuto a mutuo da Settizio, *sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ*. Morto il padre, ed astenutosi il figlio dalla eredità, si domandò se quella ipoteca tenesse, come se il figlio avesse acconsentito alla medesima collo scriverne, senza sottoscriversi, l'atto di costituzione. Il giureconsulto rispose: *cum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est* (5).

Però non diressimo lo stesso nel caso che il figlio, o il terzo proprietario in genere, avesse sottoscritto l'atto costitutivo semplicemente come testimonio; come ha cura di distinguere anche Modestino in un altro luogo (6); nè basterebbe che si provasse avere il terzo conosciuto senza impedire quell'atto costitutivo; purchè non appaja aver egli dissimulato con dolo; *nisi tamen dolo se tacuerit*, scrisse Zoesio, *ne dolus alteri inique noceat* (7).

**2.** La proprietà altrui può in qualche modo appartenere al debitore nell'atto che costituisce l'ipoteca: non semplicemente perchè in avvenire la possa acquistare, come per esempio progettasse di comperare il tal

(1) Leg. 16. § 1, Dig. *de pignor. et hyp.*

(2) Come stabilimmo nel § XI. n. 4.

(3) Carozzi, *giurisprud. del Cod. civ. aust.* tom. 10. cap. 2. num. 6 e 7. Mattei al § 450, num. 2. 4. e al § 456, num. 11. 12. Codice civ. aust.

(4) Leg. 5. § 2, Dig. *in quib. causis pign.*

(5) Leg. 26, § 1, Dig. *de pignor. et hyp.*

(6) Leg. 39. Dig. *de pignorat. action.* Mantica, *de tac. et amb.* lib. 11. tit. 5, num. 6. Richeri, *jurisprud.* vol. 9. § 1586.

(7) Arg. dalla leg. 11. Codice *de distract. pignor.* leg. 2. Cod. *si aliena res pignori.* Zoesio; *comm. in Dig. quæ res pignor* n. 3.

fondo, o sperasse d'ereditarlo dall'attual possessore; ma perchè avesse qualche diritto, qualche titolo, pur personale, ma tuttavia efficace ad acquistare l'esclusivo dominio in processo di tempo. La proprietà futura, come ebbi occasione altrove d'avvertire (1), non può essere passibile d'ipoteca, risolvendosi essa in riguardo al costituente piuttosto nel concetto negativo della proprietà stessa. Tuttavia dissi che non solo la piena, assoluta e rigorosa proprietà può prestare la natural base all'ipoteca; ma vedemmo come anche l'utile soltanto o il diretto dominio, la quota del socio, l'utilità dell'usufrutto, il temporaneo e risolubile possesso potessero prestare questa base. Da queste parziali possibilità giuridiche salimmo a costruire quel generale principio, che la proprietà sia necessaria all'ipoteca solo ed in quanto rappresenti quella generale facoltà giuridica, per la quale si possa in qualche modo disporre dell'utilità della cosa materiale; o in altri termini: *che sia ipotecabile quel diritto, per il quale si possa liberamente disporre della totale o parziale commodità di un bene immobile* (2). Se il debitore o in genere il costituente non avesse, in riguardo al bene designato, alcun diritto, alcun veicolo morale per disporne a suo talento, mancherebbe all'ipoteca la necessaria base, sarebbe destituita di quel concetto, che è pur uno fra i suoi concetti integranti. Ma se il debitore avesse in tal riguardo un qualche diritto, lo può cedere od ipotecare ad altri; ben inteso che il cessionario o il creditore non acquisterieno un diritto maggiore; e il diritto acquistato si risolverebbe, secondo che originariamente era pur limitato e risolvibile.

Non sia soverchio l'insistere sopra questo vero che è fondamentale alla dottrina ipotecaria.

La materia dell'ipoteca non è prestata in via diretta ed immediata dalla sostanza materiale dell'immobile o dalla sua sostanza economica: ma il valore dell'immobile solo può essere padroneggiato dall'ipoteca coll'intermedio diritto del proprietario, o in genere di chi lo può in qualche modo concambiare ne' privati commercii. Quindi non terrò per buona quell'obbiezione che mi si facesse: che solo l'immobile o la proprietà, o un diritto reale qualunque o un'azione reale tendente al possesso dell'immobile, e non anco un diritto personale, potesse essere sufficiente materia d'una valida ipoteca: che l'ipoteca come diritto reale per essenza debba fondarsi sopra un diritto meramente reale. Io pur dirò che l'ipoteca non potrà avere un'efficacia maggiore di quella che può avere il diritto sul quale si appoggia, e dal quale prende la sua cagione giuridica: ma se essa non ottiene sul subito una siffatta efficienza, non però sarà un atto o un diritto irrito e vano. Dato un diritto alla utilità della cosa,

Ant. Fabro, *in Codice de pignorib. et hyp.* def. 6. Voet, *in pand. quæ res pignor.* n. 3. Richeri, *Iurisprud.* loco citato. Pothier, *pand. de pignorib. et hyp.* n. 47. Carezzi, *Giurispr. del Cod. civ. aust.* tom 10. cap. 1. num. 37. Mattei, al § 448, n. 20. Cod. civ. austr.

(1) § IX, num. 3. pag. 217.

(2) § XIII, num. 22. pag 315.

data la disponibilità di questo diritto e della proveniente sua utilità, è data insieme una possibilità giuridica all'ipoteca; una possibilità debole, sfuggevole, caduca, se si vuole, ma una vera possibilità. Perciocchè se questo diritto ci ha: se di questo diritto non è proibita la disponibilità: non resta impedita la disponibilità ipotecaria. Sarà inefficace questo diritto principale, sarà sterile questo *substrato?* nemmanco l'ipoteca produrrà alcun effetto. Sarà invece valido? otterrà invece una efficienza reale? Da indi l'otterrà l'ipoteca. Guardisi il giureconsulto dal materializzare il concetto di questa in modo da dimenticarne la sua vera base metafisica: solo a questo patto potrà capacitarsi di alcune disposizioni pratiche delle leggi antiche e vigenti: e condurre de' corollarj importantissimi alla proprietà dei privati e alla libertà dei giornalieri negozii.

**3.** All'acutissimo genio di Papiniano deve la giurisprudenza ipotecaria lo sviluppo delle principali sue parti; posciachè quasi tutte le estremità sue furono da lui imaginate e confermate con una sicurezza pratica meravigliosa. Già n'ebbimo un saggio nella teoria del credito sanzionata nella legge *qui dotem* (1). E non uno ma tre esempii ci lasciò di questa seconda teorica concernente la proprietà futura: perciocchè egli pur riconoscendo necessaria la proprietà alla consistenza dell'ipoteca, vidde che non la sola proprietà per sè stessa, ma il più largo concetto della disponibilità giuridica delle cose materiali potesse bastare alla costruzione dell'ipoteca.

I compilatori delle Pandette misero a capo del titolo *de pignoribus et hypothecis,* questo suo responso. *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quæsitorum recepta est,* dice egli, quasi esponendo istoricamente l'ipoteca generale; ma venendo a parlare dell'ipoteca speciale soggiunge: *in speciem autem alienæ rei collata conventione,* SI NON FUIT EI, QUI PIGNUS DABAT, DEBITA, *postea debitori dominio quæsito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.* Nel caso d'un'ipoteca speciale (traduciamo), che sopra una cosa altrui avesse concesso colui, al quale la medesima era dovuta, difficilmente potrà darsi al creditore l'azione utile se non avesse ignorato che la cosa era d'altri; ma sarà più facile l'assolvere dalla di lui pretesa il possessore. E già lo dissimo: l'ipoteca sopra una cosa che è affatto d'altrui, non è valida. Ma il giureconsulto disse: *si non fuit ei qui pignus dabat debita.* A questo caso non risponde nella legge sovracitata: ma è presumibile che rispondesse tosto anche a questo quesito: perchè nello stesso libro XI de' suoi responsi abbiamo di lui questo bellissimo esempio: *cum ex causa mandati* PRÆDIUM *Titio, cui negotium fuerat gestum,* DEBERETUR, *priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem prædium alii denuo pignori de-*

(1) Vedi il § VI.

*dit: prioris causam esse potiorem apparuit* (1). Il mandatario che avesse acquistato un fondo in suo proprio nome, ma per l'interesse del mandante, acquista egli stesso la proprietà, o per lo meno non l'acquista piena e libera il mandante, prima che il fondo gli venga effettivamente conseguato. Il fondo prima d'allora è *dovuto* al mandante *per causa del mandato.* Questi può ipotecarlo ancor prima di acquistarne la proprietà, e nell'atto che l'acquista coll'immissione in possesso, l'ipoteca riceve la conferma come diritto reale, e rimane quindi anteriore e preferibile alle posteriori ipoteche: *prioris causam esse potiorem apparuit*

Papiniano ci dà un altro esempio in quest'altro responso: *filiam fratribus, certis rebus acceptis, hereditatem restituere pater voluit. Ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit. Cum autem interea filii res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent: hereditate postea restituta, constitit ex eo facto cæterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari* (2). L'erede fedecommissario presso gli antichi avea per il Senatoconsulto Trebelliano l'azione contro l'instituito perchè adisse e restituisse l'eredità (3): non avea prima d'allora alcun diritto reale sugli enti ereditarj, se non dopo la vera o fittizia restituzione da parte dell'instituito (4). Nella giurisprudenza posteriore (5) e nel moderno Diritto austriaco (6), il sostituito fedecommissario ha una compartecipazione alla proprietà; ma Papiniano non poteva alludere a questa condizione di cose: egli dovea alludere al sostituito, che prima dell'immissione in possesso non avea alcun diritto reale diretto sulle cose ereditarie: e se ipotecate le avesse, valere l'ipoteca rispose, perchè la cosa ipotecata *era dovuta*, e dopo la restituzione dell'eredità ne ebbe acquistato il dominio per quel titolo.

In base a queste tre leggi antiche la giurisprudenza posteriore continuò fino ai tempi moderni a ritenere valida l'ipoteca, non solo quando è assisa sulla proprietà vera, o sopra alcuna delle sue compartecipazioni reali, ma eziandio quando fosse costituita sopra un diritto personale, che per la sua ordinaria virtualità conducesse, ed in quanto conducesse ad acquistare quel diritto reale, che fosse sufficiente alla stabilità reale dell'ipoteca stessa. Così la Glossa e Bartolo stabilirono la liceità di siffatta ipoteca sopra quel diritto *quod debitor habet pro re* (7). E Neguzanzio magistralmente concludeva: *primo igitur amplia regulam, quod etiam si res obligata creditori non sit in bonis debitoris, sed aliena, tamen sit debitori debita ex aliqua causa, valet obligatio* (8). Questa opinione passò

(1) Leg. 3. § 1. Dig. *qui potiores in pign.*

(2) Leg. 57. Dig. *ad S. C. Trebell.*

(3) Leg. 1. et segg. Dig. eod. tit.

(4) Così scrissero Voet, *in pand. ad S. C. Trebell.* num. 46, in fin. Peregrino, *de fideicomm.* art. 2. n. 51. art. 43. n. 28. et segg.

(5) Specialmente pel Diritto Canonico conchiudevano Bald. in cap. *in præsentia* num. 13, *Extrav. de probation.* e gli altri citati da Peregrin. *de fideicom.* art. 2. n. 62 Fusar. *de substitut.* quæ. 61?.

(6) § 629 e segg. del Cod. civ. aust.

(7) Accursio o Bartolo in d. leg. 1. § *in speciem.* Dig. de *pignorib. et hyp.*

(8) Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 3. num. 5.

senza subire alcuna alterazione presso Mercuriale Merlino (1), Francesco Balduino (2), Hotoman (3), Donneau (4), Pothier (5) e Zoesio (6).

Ma la validità di questa ipoteca dipenderà dalla efficacia del diritto personale al dominio o al godimento: se questo si riducesse al nulla, non potria sostentarsi nemmeno quella; se acquistasse tutta la attendibile sua efficacia, questa pure varrebbe dall'origine: *valet obligatio eo jure*, insegnò Bartolo, *quod ibi habet debitor. Sed si postea ipsi debitori quæreretur perfectum dominium, tunc siquidem quæreretur ex causa dicti juris quod habebat in re; veluti quia habebat pubblicianam et usucapiebat, complevit usucapionem.* Però col medesimo maestro dobbiamo fare questa preziosa avvertenza. Se il debitore acquistasse il dominio per un diritto diverso da quello che avesse ipotecato, l'ipoteca non starebbe; perchè avrebbe acquistata quella proprietà per una causa posteriore, quindi doveasi allora considerare come la proprietà ipotecaria affatto futura e d'altrui. *Si vero debitor quæsivit dominium ex alia causa prorsus separata ab illa, tunc non video quare debeat illa res in obligationem incidere: sed erit idem sicut quando simpliciter obligatur res aliena* (7). Nel caso diverso, concludiamo con Neguzanzio, varrà l'ipoteca dall'origine: *et ipsum dominium superveniens ipsi debitori ex causa de præterito, orta etiam ante pignorationem, confirmabit hypothecam, etiam quo ad directam hypothecariam* (8).

4. Potremo noi valerci di questa dottrina come di cosa tollerabile nel Diritto civile austriaco? Noi non abbiamo una disposizione così espressa e generale come aveanla gli antichi; ma perchè taccia la legge non sarà meno vero che ciò che non offende l'idealità e l'organismo del sistema ipotecario non si debba ammettere. Qualora un caso non si possa decidere, è scritto nel § 7 del Codice civile, nè secondo le parole, nè secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalla legge decisi, ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principj del Diritto naturale.

Di queste due specie d'argomentazione legale possiamo valerci per l'affermativa: l'argomento dell'analogia, ossia dell'induzione da una particolare disposizione della legge positiva, e la derivazione dal Diritto razionale. Nel § 822 dello stesso Codice leggiamo: « I creditori dell'erede, anche prima che l'eredità ad esso devoluta gli sia aggiudicata, pos-

(1) Merc. Merlin, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 2. n. 12.

(2) Balduin, *de pignor.* cap. 12. in med.

(3) Hotoman, *in Dig. quae res pignori.*

(4) Donell. *de pignor.* cap. 7 e 8.

(5) Pothier, *pand. de pignor.* art. 3. num. 18. *quae res pignor.* art. 1. n. 4.

(6) Zoesio, *in Dig. de pignor.* num. 23.

(7) Bartolo. in d. leg. 1. vers. *in speciem.* Dig. *de pignorib.*

(8) Neguzant. *de pignor.* par. 8. mem. 3. num. 14.

sono ottenere che *gli effetti ereditarii* siano posti sotto sequestro, *o che siano vincolati a pegno*, e che sopra di essi venga fatta prenotazione. Tale cauzione però non può concedersi che coll'espressa riserva che non rechi verun pregiudizio alle pretensioni risultanti nel corso degli atti ereditarii, e *che abbia effetto soltanto dal tempo della ottenuta aggiudicazione*.

Constatiamo prima di tutto che l'erede dopo l'adizione e prima dell'aggiudicazione può sottomettere ad ipoteca i fondi che formano parte dell'eredità. Zeiller (1), Nippel (2) e Basevi (3) lo accertano. E Basevi soggiunge che il creditore dell'erede possa avere questo rimedio anche prima dell'adizione, perchè coll'adizione giusta il § 536 il diritto ereditario comincia colla morte del defunto (4). Opinione dubbia: non però improbabile. Dubbia perchè l'erede prima dell'atto dell'adizione non ha il carattere civile d'erede: probabile, perchè anche prima dell'adizione ha un titolo e quindi un diritto ereditario radicato nel testamento o nella legge. Può opporsi che la semplice devoluzione senza l'adizione non può perfezionare il titolo ereditario prima dell'accettazione del beneficato: ma si può anche replicare che il § 822 dicendo semplicemente *l'eredità devoluta* non ha escluso che si possa ipotecare l'eredità stessa prima dell'adizione; che l'erede prima dell'adizione può accettarla tacitamente e la accetterebbe certo implicitamente quando la ipotecasse; e se anco tacesse, siccome ha un diritto comunque inesercitato, così questo stesso diritto, in quanto si eserciti dappoi, può dal momento che è nato essere materia d'ipoteca.

Queste conclusioni sono dunque accettabili in pratica. Vediamo se possano giovare all'induzione della teorica papiniana.

Dice la legge nel suddetto § 822 che questa cauzione non può concedersi che coll'espressa riserva che non rechi verun pregiudizio alle pretensioni risultanti nel corso degli atti ereditarii, e che abbia effetto soltanto dal tempo della ottenuta aggiudicazione. Cosa vuol dir ciò? L'erede prima della aggiudicazione ha un diritto ben limitato. Anzi per l'espressa disposizione del § 797 e dei seguenti del Codice civile l'erede per il semplice titolo testamentario o legale, non può di propria autorità impossessarsi dell'eredità, ma deve impetrarne dal giudice l'aggiudicazione ossia *l'immissione nel legale possesso*. E siccome la proprietà non può esistere senza il possesso: così prima dell'aggiudicazione l'erede non è per anco proprietario (5). E tanto è vero che non lo sia, che vidimo sotto il § VIII, come i creditori verso l'eredità e i legatarj possano assicurare le loro ragioni immediatamente sull'eredità col rimedio della separazione, ma prima che l'eredità sia aggiudicata. Nè questa si

(1) Zeiller, al § 822, num. 2. Cod. civ. aust.

(2) Nippel, al § 430, n. 1. lett. B. 9, del Cod. civ. aust.

(3) Basevi, al § 822 num. 1-4. Cod. civ. aust.

(4) Id. ibid. num. 1.

(5) Basevi al § 797, num. ult. Codice civ. austriaco.

concede se non dopo che l'erede ha notiziato i legatarj e soddisfatti o cautati i legali pii (1). Egli ha un diritto all'eredità, non i diritti reali dell'erede: può ottenere dal giudice il possesso di fatto, cioè l'amministrazione e il godimento (§ 810); ma non diviene proprietario se il suo diritto non è confortato in modo formale e definitivo dall'autorità del giudice: solo dopo che l'erede ha adita l'eredità, e il suo diritto fosse stato riconosciuto ed abbia adempiuto a' suoi doveri, per il § 819 gli si aggiudica l'eredità: e per così dire il contratto tra lui e la pubblica Autorità è compiuto: d'allora ottiene un valido titolo, ed indi il possesso: ossia secondo lo stesso § d'allora può per l'acquisto della proprietà delle cose domandare l'intavolazione.

Questo contratto giudiziale fa sì che l'erede prima dell'aggiudicazione non sia proprietario, ma abbia un diritto personale all'eredità: e questa è la ragione per cui nel § 822 che comentiamo si stabilisce, che le ipoteche che egli concedesse non potessero avere effetto, se non al tempo dell'aggiudicazione, e non pregiudicassero alle pretensioni risultanti nel corso degli atti ereditarj, cioè in danno de' creditori del defunto e dei legatarj.

Ora da qui deve nascere necessariamente la sanzione dell'antica teorica che professiamo. Imperocchè non vorrassi sostenere che i creditori personali del defunto e i legatarj acquistino *ipso jure* un diritto reale sulla eredità appena che si apra. Se avessero un siffatto diritto reale, la legge non avria provveduto a cautarli col beneficio della separazione o cogli altri mezzi ordinarj di cauzione: il § 811 non avria provveduto al caso che costoro abbisognassero d'una sicurezza. Essi l'avrieno avuta col supposto diritto reale. Ma questa è una mera supposizione. Essi hanno un diritto personale. Se domandano una assicurazione reale prima dell'aggiudicazione, pel § 822 essi sono preferiti ai creditori dell'erede che avessero ottenuto da costui un'anteriore ipoteca. Cosa vuol dir ciò? Che l'erede non potea esercitare il suo diritto in di loro pregiudizio. Ma essi non aveano un diritto reale anteriore. Dunque bisogna ammettere che prima dell'aggiudicazione l'erede non fosse veramente proprietario: perchè se fosse stato proprietario, avria potuto pregiudicare al loro diritto personale, prevenire le loro tardive assicurazioni.

Ma se prima dell'aggiudicazione l'erede non è proprietario perchè potrà concedere ipoteche? Il § 822 glielo concede, purchè non nuoccia ai diritti risultanti nel corso della ventilazione ereditaria. E non per altro lo può concedere se non perchè permette che il diritto personale dell'erede, in quanto sii efficace ad ottenere l'aggiudicazione, e quando e in quanto l'ottenga, sia sufficiente materia d'una valida ipoteca. Valida ipoteca diciamo dall'origine, ma non efficace contro i terzi, se non dal dì che quel diritto personale avesse attratto ed acquistato il diritto reale

(1) § VIII, num. 4-6.

di dominio. Questo caso è specialissimo alla legge austriaca e non si riscontra nè nel Diritto romano, nè nel francese; poichè in queste legislazioni l'erede è proprietario coll'adizione (1). Eppure in questo caso speciale la legge austriaca si è valsa nettamente della teoria di Papiniano; perchè permettendo che l'erede potesse ipotecare il suo diritto personale all'eredità, ha riconosciuto che non solo la vera proprietà, ma il diritto personale ad acquistarla sia sufficiente fondamento di una verace ipoteca.

**5.** Se il § 822 del Codice civile non si può altrimenti spiegare se non se colla teorica di Papiniano, si dovrà inferire che il principio superiore che la determinò sia pur vigente nell'attuale sistema.

Però un primo ostacolo ci si affaccia, secondo il sistema tavolare presupposto dal Codice civile; secondo i combinati §§ 451 e 432 per l'inscrizione tavolare si richiede prima di tutto che quegli, contra del quale si prende, sia egli stesso già inscritto come proprietario. Ma l'erede prima dell'aggiudicazione non è proprietario, e non può quindi essere inscritto: quindi non può concedere ipoteche. Ma con questa obbiezione, anzichè distruggere la teorica papinianea, si distruggerebbe lo stesso § 822. Zeiller però (2) avvertirebbe che l'erede potria ipotecare lo stabile prima dell'aggiudicazione, se avesse cura di far inscrivere il suo diritto all'eredità. Qualunque esso fosse questo diritto, comunque non attribuisse all'erede la vera e irrevocabile proprietà, osservate le prescrizioni tavolari, saria quindi ipotecabile. Tale in ogni caso è la prescrizione letterale della legge vigente.

Potrebbero insistere gli opponenti con soggiungere: se l'erede prima dell'aggiudicazione facesse inscrivere nei registri tavolari il suo diritto, questo secondo i §§ 438 e 439 del Codice civile diverrebbe un diritto reale condizionato: quindi si escluderebbe che prima della aggiudicazione il fondo ereditario fosse dovuto all'erede per un semplice titolo personale, secondo la nostra teorica; e si dovrebbe dire che il § 822 permetta di ipotecare il dominio futuro solamente in quanto l'erede od altri vi avessero sopra alcun diritto reale, sebbene condizionato alle risultanze della procedura ereditaria. Ma io non credo che l'erede potesse ottenere una regolare prenotazione a sensi di quei §§: perchè la prenotazione de' dominii si concede quando mancano alcuni requisiti al titolo formale della proprietà: non quando non ci ha ancora un titolo formale. Ed in ogni caso non crediamo che il § 822 alluda soltanto al caso che l'erede avesse un diritto reale semplice e condizionato: ma tutto il Capitolo XV della Parte II del Codice civile concorrono a stabilire che l'erede prima dell'aggiudicazione non è proprietario, ma ha un diritto alle cose ereditarie.

(1) V. § XIII, num. 4-6.
(2) Zeiller, al § 822, n. 2. Cod. civ. aust.

Nè noi crediamo che nel caso proposto quella avvertenza sia meritevole d'attenzione; perchè la legge non attribuisce all'erede quella facoltà perchè abbia un diritto reale, ma solamente perchè ha un qualche diritto alla cosa. Ma questo diritto è inefficace contro *i creditori* che s'insinuarono negli atti della ventilazione ereditaria: è meno reale del diritto di coloro che è semplicemente personale. Ora la realità del diritto al dominio è influente quando lo si volesse invocare come opponibile ai terzi: ma se ai terzi non è opponibile, egli o non è reale, o non importa che il sia. Il § 822 esclude ogni collisione tra i creditori ereditarj e i creditori dell'erede: perchè preferisce quelli a questi. Altri rapporti qui non ci sono, o non importa avvertirli. Qui non si tratta di sapere per ora se il diritto dell'erede sia reale o personale: ma basta di dire che non sia reale contro i creditori dell'eredità, perchè anzi in di loro confronto non è che personale, ed è limitato dall'indennità loro. Dunque la legge nell'atto che ravvicina questi due termini, chiaramente dimostra di credere che il diritto dell'erede non è reale, *sine respectu ad quemlibet personam.*

Nè il potrebbe essere in questo Regno, dove per la mancanza del sistema tavolare, il diritto personale alla proprietà, non si può far reale colla prenotazione. Egli è quindi un diritto personale, perchè riferendosi al dominio, non ci ha dominio senza il possesso, e prima del possesso; e il possesso non ci ha senza il decreto d'aggiudicazione. Ciononondimeno in pratica si concede ai creditori personali dell'erede la prenotazione sull'eredità coll'effetto limitato del § 822. Anzi la Sovrana Risoluzione 9 maggio 1846 venne a sancire quel § anche per queste provincie prescrivendo nell'interesse della specialità ipotecaria che il sequestro, il pegno o la prenotazione si possano concedere al creditore dell'erede sopra i singoli effetti ereditarj, solo proibendo che si concedessero sul diritto ereditario in genere (1).

Fu giudicato dalla Pretura d'Abbiategrasso col decreto 7 febbrajo 1852 confermato in Appello: non poter chiedere il creditore dell'erede la prenotazione a carico di un coerede che non avesse ancora adita l'eredità (2); ma poco dopo l'Appello lombardo, col decreto 13 maggio 1854, confermato dalla suprema Corte di giustizia e cassazione il 21 giugno 1854, concedevala nella stessa emergenza, osservando che il § 822 non esige, nè per la lettera, nè per lo spirito, che quegli cui può essere devoluta un'eredità l'abbia giudizialmente adita, affinchè possa il di lui creditore assicurare le proprie ragioni sugli enti ereditarj (3).

Dalle parziali disposizioni del § 822 possiamo dunque salire al principio degli antichi, e da esso discendere a tutti i casi particolari non preveduti dal Legislatore.

(1) Notificata dai Governi di Milano e Venezia il 10 agosto 1846.

(2) Gazzetta de' Tribunali di Milano, anno 2. 1852, num. 27.

(3) Giornale di Giurisprud. prat. di Venezia an. VII, 1854 num. 16 e 17.

Nel caso d'un mandatario che avesse acquistato in proprio nome, varrà la soluzione di Papiniano, che cioè il mandante possa vincolare lo stabile acquistato dal mandatario, e l'ipoteca si confermerebbe quando il costituente ne prendesse il possesso (1). Così in riguardo al compratore che ipoteca il fondo prima della tradizione, scrive Neguzanzio: *nam si a principio debitori in dicta re, vel ad dictam rem competiisset aliquod jus, puta quia emerat illam, sed nondum fuerat sibi tradita: tunc obligando illam, censeretur obligasse actionem personalem sibi contra venditorem competentem, et obligatio dictæ actionis valeret a principio, et si postea virtute dictæ actionis personalis, sibi tradatur res, extinguetur obligatio dictæ actionis personalis, sicut extinguitur ipsa actio per traditionem* (2).

Così il venditore con patto di ricupera, avrebbe un titolo, per riacquistare la cosa venduta; la quale perciò potriasi ipotecare, ma coll'implicita condizione che in grazia di quel patto la cosa ritornasse nel dominio del costituente. E questa opinione è praticamente assentita presso i francesi Dalloz (3), Tarrible (4), Troplong (5) e Mourlon (6). Avvertasi però che non si potria ipotecare il diritto di ricupera in sè medesimo, perchè è inalienabile (§ 1070 del Codice civile): ma soltanto in quanto e colla implicita condizione, come si è detto, che per esso lo stabile venduto ritorni in proprietà del venditore. Altrimenti l'ipoteca saria nulla, secondo che fu giudicato dalla Pretura di Castiglione delle Stiviere con decreto 14 aprile 1828 n. 5338 in proposito d'un pignoramento giudiziale; il qual decreto fu confermato in terza istanza colla decisione 2 ottobre 1828 n. 2938 (7).

**6.** Importa assai al nostro assunto di rimarcare in quali aberramenti sia caduta la giurisprudenza moderna per non avere conservata, come si fece ne' tempi di mezzo, la teorica di Papiniano nelle sue genuine espressioni, e per avervi sostituito un'altra formula che è inesatta, e quindi cagione di gravi turbamenti nella sistemazione teorica e nella deduzione forense; perchè non v'ha cosa più disastrosa che l'arbitrio individuale nelle definizioni, donde le importunissime logomachie, gli incessanti richiami ai principii elementari dello scibile giuridico, che impediscono alla scienza del giusto quella universalità e costanza giornaliera di applicazione, e quella facilità di maneggio che è richiesta alla regolare e veloce pertrattazione dei civili negozii.

La teorica papinianea avea stabilito che si possa validamente ipotecare la proprietà futura, quando sia dovuta al costituente per un titolo legit-

(1) De Olea, *de cession. jur.* tit. 4. quæ'11.

(2) Neguzanzio *de pignorib*, par. 8. m. 3. num. 14. Chiesi, *sist. ipot.* n. 605.

(3) Dalloz, Rep. v, *hypothèq.* num. 17. p. 137, n. 6.

(4) Tarrible, *hypoth.* sect. 2. § 3, art. 3. num. 5.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 469. che confuta la contraria opinione di Grenier. *hypoth.* n. 51.

(6) Mourlon, *Examen critique de Troplong.* num. 62.

(7) Zini, *giurispr. prat.* vol. IX. pag. 57, par. 1.

timo, e che questa ipoteca sia efficace e poziore *ab initio* quando la proprietà stessa pervenisse al costituente in virtù di quel medesimo titolo. E questo per la ragione: che dovendosi considerare quale materia ed oggetto dell'ipoteca, non solo la cosa immobile materiale, ma il diritto che conduce al possesso, al godimento, alla proprietà di questa, e che è causa giuridica per cui e il costituente dell'ipoteca, e quindi il creditore avente causa da lui, possano liberamente disporre della cosa stessa, ed alienarla, poco importasse che la cosa stessa spettasse al costituente per un diritto assoluto di proprietà, piuttostochè per un diritto condizionato od anche personale, il quale però fosse sufficiente a cagionare l'acquisizione del dominio o del godimento, e quindi a giustificare le ipoteche concesse.

Ma parecchi giureconsulti francesi, tra i quali Grenier (1) Tarrible (2) Dalloz (3) Troplong (4) ed alcuni italiani quali Foramiti (5) Chiesi (6) Mattei (7) e Borsari (8) dissero o niegarono, impropriamente che si possano sottoporre a privilegio e ad ipoteca solo le azioni rivendicatorie dell'immobile, in quanto si possano considerare esse medesime come cose immobili. La qual formula quanto sia diversa dall'antica dottrina è presto veduto.

Già per sè stessa la parola *azione* restringe la portata della formula adottata da noi, in quanto esclude dall'essere suscettibili d'ipoteca quei diritti reali o personali alla cosa che non hanno ancora l'efficacia dell'azione: quale saria il diritto del fedecommessario avanti che si verifichi il caso della devoluzione, il diritto condizionato, prima dell'avvenimento della condizione, e simili. Eppure in questi casi la cosa non cessa d'essere *sibi debita:* e quindi passibile d'ipoteca avanti che il diritto sulla cosa od alla cosa assuma la virtù e il nome di azione. Nè tutte le azioni reali che tendono ad un immobile sarebbero d'ipoteca capaci: quali sono quelle che si riferiscono alle servitù prediali, come vedemmo a suo luogo.

Ma nemmanco i *diritti* che si riferiscono ad immobili e si possano considerare come cose immobili sono i soli diritti suscettibili d'ipoteca, secondo l'antica teorica: poichè questa accenna ad ogni spècie di diritti, reali o personali, che fanno sì che la cosa sia *dovuta* al costituente, e legittimano l'ipoteca, in quanto essi medesimi sieno cagione di acquistare definitamente l'immobile cui si riferiscono, e per essi il debitore effettivamente l'acquisti. Invece nelle antiche e nelle moderne legislazioni, si qualificano come cose immobili le azioni reali, cioè le azioni di

(1) Grenier, *hypothèque*, num. 51, 140, 152 e 153.

(2) Tarrible *Repert.* v. *hypotheque.* secl. 2. § 3, art. 3. num. 5.

(3) Dalloz, *Repert.* v *hypotheq.* tom. 17. pag. 137, n. 6.

(4) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 108. 406. 408. ter.

(5) Foramiti, *Lessico ragionato*, v. *ipot.* pag. 174, col. 1.

(6) Chiesi, *sistema ipot.* n. 69, 70, 574, 575 e 692.

(7) Mattei al § 471, Cod. civ. austr. append. 1. art. 2118, num. 4.

(8) Borsari, *contratto d'enfiteusi*, parte 1. cap. 1. § 7.

rivendicazione giusta l' art. 526 del Codice civile francese, o i diritti congiunti col possesso di una cosa immobile, secondo il § 298 del Codice civile Austriaco.

Quale ragione adducesi per escludere i diritti o le azioni personali *ad rem?* nessuna cred' io e forse in questo sono scusabili, perchè non conobbero la teorica di Papiniano.

Ma e perchè l' adottarono nella parte de' diritti reali, de' così detti diritti immobili? La cosa era facile: poichè dissero: non si possono ipotecare che le cose immobili. Alzarono lo sguardo all' art. 517 del loro Codice civile e vi lessero: I beni sono immobili o per la loro natura, o per la loro destinazione, o per l' oggetto cui si riferiscono. Trascorsero sugli art. 518-525, per apprendere le prime due categorie degli immobili per natura e per destinazione: indi si fissarono nell' articolo 526, e leggevano: sono immobili, per l' oggetto cui si riferiscono, l' usufrutto delle cose immobiliari: le servitù prediali: *le azioni che tendono a rivendicare un' immobile.* Tant' è adunque: che bisogno ci ha della teorica di Papiniano? Il Codice ha detto che il diritto tale è un immobile: dunque è ipotecabile. E qui finisce e s' adagia la missione dei commentatori, lo spirito investigatore de' giureconsulti. Che importa di aguzzar la vista dell' analisi sulla parola *immobili*, sul concetto *materia dell' ipoteca?* Che importa di vedere che un diritto, un' azione civile è un attributo, un ente metafisico, impassibile di moto, di estensione o di altre fisiche proprietà? Però questo idiotismo non meriterebbe per sè solo l'onore della critica, se tutto finisce in una quistione di parole. Ma la cosa non è così innocente: la deduzione pratica altamente ne soffre. Conciosiachè dicano: se le azioni possono essere materia d' ipoteca in quanto siano qualificate come cose immobili, quelle che non meritano questa qualificazione non possono prestarsi assolutamente a quell' ufficio.

Noi al contrario dal solo concetto, *materia dell'ipoteca*, abbiamo dedotto analiticamente e per intero la teorica papinianea. Materia dell'ipoteca non è solo *l' immobile*, in quanto che per esso si comprenda un oggetto fisico, il fondo, gli edifizii, e ciò che vi è accessorio a perpetua destinazione: ma è sua materia quest' immobile, in quanto su di esso il costituente abbi il diritto di disporne, il diritto di alienarlo. Quindi una cosa che sta per un'altra, non sta per sè stessa. Vera materia, immediato oggetto dell' ipoteca, è il diritto sulla cosa od alla cosa immobile. Vero è che un simile diritto concepire non si potrebbe, senza un' oggetto cui si riferisca. Viene adunque necessariamente col diritto anche la designazione d' un' immobile. (1) Ma la vera materia, l' oggetto dell' ipoteca è il diritto sulla cosa od alla cosa. Quindi l'esattezza della dizione importava

(1) Come stabiliscono Persil. régim. hyp. sub. art. 2099. n. 8; e Mourlon, *Examen critique du commentaire de Troplong sur les privilèges*, num. 62. ove confuta l'opinione da noi combattuta, ma sotto questo limitatissimo aspetto, che nella parola azioni o diritti si comprende l'immobile stesso cui il diritto si riferisce.

che si dicesse essere suscettibile d'ipoteca un'immobile in quanto il costituente v' avesse il diritto di disporne e di alienarlo. Non bastava il dire: ove ci ha un' immobile ivi ci hanno valida ipoteca; tanto è che si dicesse io posso ipotecare tutte le terre dell'universo. Ma si dee dire, ove ci ha un diritto ad un' immobile, in esso diritto, in essa facoltà sta implicita la facoltà di ipotecare. Non è perfetto quel diritto? non sarà neppur perfetta l' ipoteca. Ma si può rendere perfetto quel diritto: valga adunque anche l' ipoteca, quando quel diritto riuscirà perfetto. Ma dal momento che ci ha quel diritto personale alla cosa, si pose eziandio la causa giuridica, l' autorità della proprietà futura: e come si possono guarentire d'ipoteca le obbligazioni future e potestative, ma poste in una *causa de præsenti*, nello stesso modo si può concedere un ipoteca sulla proprietà futura *sibi debita ex causa de præsenti*. La proprietà futura non si può godere oggidì, perchè oggidì non può nè il creditore nè il suo datore alienare l' immobile. Ma qui non si tratta di sapere se e come l' ipoteca sia esercitabile, ma se sia costruttibile.

L' ipoteca è una costruzione logica e morale sopra fondamenta giuridiche: essa è un diritto costrutto sopra un diritto. Dato il diritto riferentesi ad un' immobile, si dà l'area per l' ipoteca. Ma perchè questa nasca, ha bisogno soltanto che quel diritto sussista: perchè la si eserciti, ha bisogno che quel diritto esercitare si possa; ma solo per nascere l' ipoteca non occorre che il diritto alla cosa sia in effettivo esercizio. Si consideri che l' ipoteca, la facoltà del vendere, condizionata al mancato pagamento d' un debito pecuniario è un contenuto analitico del diritto al godimento della cosa. Finchè io abbi diritto ad avere la tal cosa in proprietà, a goderla ad alienarla: ho pure il diritto di cedere ad altri parte di questo mio diritto, cioè il diritto condizionato di venderla nel caso che io manchi al pagamento. Stà quel diritto generale alla cosa: stà pure quel diritto speciale. Svanisce quello prima d' acquistare tutta la realità sua: svanisce pur questo. La causa materiale primissima dell'ipoteca è il diritto di disporre della cosa in qualsivoglia modo; la sua causa formale è questo stesso diritto di disporre in quanto sia reale. In quella prima causa l' ipoteca prende nascimento; nella seconda assume la forma di reale. Come parte integrante dell'una o dell' altra, appena che il debitore distingua e scevri, nel suo amplo diritto del disporre, la facoltà del vendere, questa facoltà permane e s'accresce alla forma di realità che quel diritto può assumere.

Il voler limitare la facoltà dell'ipotecare un'immobile al solo dominio, come sembra volesse Grenier (1) e vuole il nostro Chiesi (2), è un disconoscere lo spirito del sistema ipotecario, la sua idea fondamentale, e un contradire alle formali disposizioni delle Legislazioni vigenti. Imperocchè l' ipoteca non è altro per sè stessa che la mobilizzazione del valore d' un' immobile per via di credito. Il valore d'un' immobile si potrà

(1) Grenier, *hypothcq.* num. 51.

(2) Chiesi, *sistema ipot.* num. 692.

mobilizzare quantunque volte si possa disporre di esso giuridicamente, si può ipotecare l'usufrutto, si può ipotecare un dominio sospeso da una condizione (1), un dominio risolubile e temporaneo, un'utile dominio, la porzione indivisa d'un socio: epperchè non si potrà ipotecare quel qualunque altro diritto, che sebbene non sia reale contro il possessore attuale, pure è causa ottima all'acquisto del fondo? La realità qui non conta se non nei rapporti estrinseci. Col diritto alla cosa è data la causa giuridica a disporne, quindi a disporne anticipatamente coll'ipoteca: salvo a *realizzare* l'ipoteca col procacciare la *realità* a quel Diritto.

Conchiudasi dunque: non è l'immobile fisico: nè la proprietà assoluta l'esclusiva materia dell'ipoteca: ma questa è fornita eziandio dal diritto qualunque al godimento e all'alienazione della cosa.

**7.** Dicendo che la proprietà futura possa essere ipotecata, ossia che sopra il diritto personale alla proprietà o sopra una proprietà sospesa da una condizione si possa imporre una ipoteca, che riesce valida quando la proprietà per quel diritto definitivamente l'acquisti, si viene a supporre e prevedere che nascerebbero contemporaneamente due ordini di ipoteche: l'uno di quelle concesse dall'attuale proprietario; l'altro di quelle concesse dal proprietario imperfetto e futuro. « Sembra strana, osservò Foramiti, la simultanea esistenza di queste diverse ipoteche; ma ogni inconveniente sparisce allorchè si rifletta, che sono tutte soggette a condizioni correlative, le quali non possono adempiersi per una parte, se non falliscono per l'altra (2). »

E difatti nel primo ordine si possono registrare quelle ipoteche, di che trattammo nel § precedente, in quanto cioè risiedano sovra una proprietà che sia risolubile. Ed in quanto la proprietà sia risolubile nell'attual possessore, e questa risoluzione tragga pur quella delle ipoteche accessorie, quelle s'eslingueranno, e subentreranno quelle di cui parliamo in questo §. Ma quelle non s'estinguono se la causa di risoluzione non fosse *anteriore* e *reale*; se quegli che le fa risolvere non avesse a ciò, che un diritto personale, non potrebbe certo farle caducare: come sarebbe il compratore, che prima della tradizione non è proprietario: quindi dovrebbe tollerare le ipoteche concesse dal venditore: e i creditori del compratore comunque anteriori, sarebbero posposti a quelli del venditore.

Fabro ci dà un esempio eguale ed un'eguale decisione. Fingasi, egli dice, che Sempronio avesse venduto un fondo a Tizio, il quale prima di riceverne la tradizione e d'avere pagato il prezzo l'avesse ipotecato a un suo creditore. Nessuno dubita che Sempronio possa rifiutare la tradizione del fondo, e lo possa ritenere finchè il compratore soddisfaccia al prezzo (3). Se Sempronio avesse ceduto ad altri il credito pel prezzo (ovvero soggiungiamo se avesse ipotecato il fondo) questi saria preferito al

(1) Chiesi, *ibid.* num, 692.

(2) Foramiti, *Lessico ragion.* v. *ipoteca* pag. 171. col 1. Chiesi, *ibid.* num. 692.

(3) Così è pur disposto in tesi generale nel § 1052. del Cod. civ. aust.

creditore del venditore. *Nam verum est non prius in Titium translatum videri proprietatem rei venditæ, nec si tradita res ei esset, quam prætium solutum.... multo minus alienatum dici potest dominium si traditio nulla dum secûta sit. Porro prius est ut rei venditæ dominium ad debitorem pervenerit, quam ut ab eo rĕs empta potuerit obligari* (1).

Per la stessa ragione il presidente savojardo decise della priorità della ipoteca del secondo creditore in riguardo all'ipoteca anteriore, nel caso che il secondo creditore avesse causa dal mandatario che co' proprii danari comperò uno stabile, in confronto del primo creditore che ebbe l'ipoteca dal mandante, prima che questi ricevesse la tradizione del fondo, e ne pagasse il prezzo (2).

Così si dica di tutti gli altri casi in cui il proprietario futuro non avesse avuto una causa reale anteriore atta a risolvere il dominio del precedente possessore.

Così si dica delle ipoteche acquistate dai legatarj e dai creditori verso l'eredità, in confronto alle ipoteche anteriori concesse dall'erede sul fondo ereditario prima dell'aggiudicazione.

Lucia instituì erede Paolo e lasciò in legato lire 18000 alla di lui moglie Maria. Prima che l'eredità gli fosse aggiudicata, Paolo prese a mutuo da Giuseppe 3000 lire, e gli diè in ipoteca un fondo ereditario: poscia guarentì il legato della moglie con ipoteca sul fondo medesimo. Resosi oberato, l'amministrazione del concorso ottenne l'aggiudicazione dell'eredità di Lucia. Giuseppe fu giudicato secondo l'anteriorità della sua ipoteca. Lucia domandò la priorità su di lui in base del § 822 del Codice. Aggiunse che per questo § i creditori dell'erede non possono ottenere un'ipoteca, che sia efficace prima dell'aggiudicazione: nei mentre i legatarii pel § 812 lo possono. Prima dell'aggiudicazione l'erede rappresenta bensì il defunto, ma non è assoluto proprietario dei beni del medesimo § 380, 427, 797 Codice civile). La sua istanza fu assecondata dal Tribunale di prima istanza di..... con sentenza 15 gennajo 1850 n. 902, confermata in Appello (3) con decisione 28 novembre 1850 (4).

**8.** Veniamo al terzo termine della materia contenuta nel presente §, esaminando i casi d'una proprietà futura *ex causa de futuro*, di quella cioè che potrebbe sopravvenire al debitore, senza che egli di presente vi avesse diritto, ma soltanto o l'intenzione o la speranza di acquistarla.

In riguardo a questo caso ha veramente luogo la regola negativa generale che abbiamo predicata testè, che cioè la cosa altrui verso la quale il debitore ha nessun diritto, non può essere da lui vincolata a pegno, senza il consenso del proprietario. Quindi l'erede presuntivo non può

(1) Fabro, *in Cod.* lib. 8. tit. 2. def. 2.
(2) *Id. ibid.*
(3) Giornale di giurispr. prat. di Venezia an. IV. 1851, num. 10.
(4) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. I. 1851, num. 97.

nè cedere nè ipotecare la eredità del vivente, e ciò anche per la speciale ragione, che fu sempre reputato immorale il disporre di queste cose, mercanteggiando sulla morte altrui (1).

Questa regola però non mancava e non manca tuttora di soffrire alcune eccezioni.

La prima: e la più rilevante nella storia del Diritto, e quella che si indusse colle ipoteche generali sui beni tutti presenti e futuri del debitore. « CONVENTIO GENERALIS *in pignore dando bonorum vel postea quæsitorum recepta est,* ci attesta Papiniano (2); e Marciano egualmente: *cum dicitur creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet quæ specialiter facta est: non ad illam quæ quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam bona teneantur debitoris, quæ nunc habet,* ET QUÆ POSTEA ACQUISIERIT, *perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ* (3). »

Questa piuttosto che eccezione è una contraddizione della prima idea dell'ipoteca, la quale non si può costituire senza che ci sia una proprietà. Ma tant'è che i tempi fecero ragione di quell'assurdo trovato, e dell'imprevidente cura dei legislatori i quali per proteggere tutti gli interessi, tutti li elidevano col trapiantare per mo' di dire sul fondo, l'inestricabile guazzabuglio di quasi tutti i debiti personali.

La seconda limitazione era formulata da Marciano con questo aforismo *aliena res utiliter potest obligari sub conditione si debitoris facta fuerit* (4). La qual eccezione si coloriva col dire, che siccome l'ipoteca si costituiva col solo consenso e colla designazione della cosa, col debito e colla proprietà: così, messo in condizione l'uno dei requisiti cioè l'acquisto della proprietà, la convenzione col verificarsi della condizione dovea riescire perfetta e compiuta in tutti i suoi elementi. Però l'evento di questa condizione non dovea produrre un effetto retrogrado alla data della convenzione, ma soltanto al tempo dell'acquisto, come stimava Saliceto (5); perchè è pur sempre vero che all'atto della stipulazione questa era nulla in diritto, avvegnachè mancava d'un principal requisito alla sua forma, quale la proprietà della cosa; ma soltanto al tempo dell'acquisto completandosi la sua forma, diveniva da quel momento feconda e

(1) Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 3. n. 59. Struvio, *Syntagm. quae res pignori*, thes. 17. Brunneman. in leg. 16. § 17, Dig. *de pignor.*

(2) Leg. 1. Dig. *de pignoribus et hyp.*

(3) Leg. 15. § 1, Dig. *de pignoribus.*

(4) Leg. 16. § 7, Dig. *de pignorib. et hyp.* Donello a Hotoman leggono *specialiter* invece di *utiliter*: ma in pressochè tutte le edizioni si osserva la nostra lezione: quali la Vulgata d'Accursio, quella di Dion. Gottofredo, quella di Freisleben, Coloniæ Munatianæ. 1748, di Emanuele Turnisio, così nell'edizione di Torino del 1782. E di più la parola *utiliter*, ha un senso differenziale come vedremo nel num. seguente.

(5) Riferito da Neguzant. *de pignor.* par. 5. mem. 2. n. 39. il quale però in altro luogo (par. 8. mem. 3. n. 15) afferma che questa condizione non impedisce che l'ipoteca abbia effetto da principio.

produttiva del diritto reale di pegno. A differenza delle altre condizioni che si aggiungono al contratti, che sono nella loro forma perfezionati, le quali solo ne sospendono l'efficacia al verificarsi d'un futuro ed incerto evento, la di cui posizione può bensì modificare il consenso delle parti, ma non è necessario a stabilire nelle parti medesime il diritto di disporre e di contrattare. Laonde Bartolo pose che nella retroattività dei diritti devono concorrere due estremi: l'uno nel tempo dal quale si retrotrae (termine *a quo*), l'altro nel tempo sino al quale si retrotrae come p. e. alla data della convenzione (termine *ad quod*). Nel primo ci dee essere l'*habilitas in essentia*, cioè al tempo che si verifica la condizione le parti sieno ancora capaci di alienare ed acquistare diritti; nel secondo ci dee essere almeno l'*habilitas in potentia*, che cioè le parti avessero potuto fare una convenzione efficace (1): ora se è necessario alla costituzione del pegno la proprietà della cosa impegnata: se al tempo della costituzione del pegno non ci avea la proprietà: la costituzione medesima era impossibile al tempo della sua data: dunque la sopravenienza della proprietà non può sanare il pegno con effetto retroattivo (2).

In ultima analisi questa limitazione è più apparente che reale. Però al nostro tempo, nel quale alla costituzione dell'Ipoteca è necessaria la iscrizione, e questa non si potria domandare se non quando l'immobile che si affetta appartenga attualmente al debitore (3), epperciò questa convenzione non esciria dai limiti d'un semplice patto, che non costituisce ancora il contratto di pegno a sensi del § 1368 del Codice civile (4). Potrebbesi però con simile convenzione, corredata d'una forma conveniente, presentare al giudice per la prenotazione, quando realmente il fondo designato fosse stato acquistato dal debitore.

**9.** La terza limitazione alla regola negativa che abbiamo esposta è importantissima. Se il debitore diè in ipoteca un fondo che in nessuna guisa gli apparteneva, e poscia l'acquistò: l'ipoteca stando a quella regola saria nulla. Ma imaginiamo per maggior evidenza del discorso, che colui che costituì quell'ipoteca non fosse il debitore ma una terza persona non ob-

(1) Bartolo in leg. *et is qui pro emptore*. 15. Dig. *de usurpation. et usucap.* (41.3) Neguzant. *de pignor.* p. 5. m. 2. n. 39. Costa *de retrotract.* cap. 7.

(2) Ed egregiamente Ellinger, nel manuale del Diritto aust. sotto il § 696, annota che la condizione significa una circostanza di fatto che appartiene alle determinazioni *accidentali* (*escluse quindi le essenziali e le naturali*) di un fatto diretto al trasferimento di diritti; dalla quale circostanza si fa dipendere *l'efficacia*, non già la *validità* di un diritto.

(3) Vedasi il seg. § XVII.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 528. afferma la validità di questa ipoteca condizionale. A noi non pare e che la si possa stipulare, nè che la si possa inscrivere, perchè osta l'art. 2129, del Cod. nap. (nostro § XVII), che vuole che il titolo *dichiari specialmente* la natura e la situazione dei beni *attualmente appartenenti al debitore*. Spiannel l'annotatore di Troplong ibid. num. 524, bis, confuta a ragione questa sentenza di Troplong. E noi riproviamo implicitamente l'analoga sentenza di Foramiti, *enciclopedia legale*, v. *ipoteca*, tom. 3, pag. 172: col. 2. come quegli che non distingue il diritto antico imperfetto dal moderno.

bligata al debito. Potrebbe il creditore promuovere l'azione ipotecaria contro di lui? Non saria egli respinto coll'eccezione desunta dalla suddetta regola? No: perchè il creditore replicherebbe di dolo; opporrebbe al possessore, che la sua eccezione è immorale; sia dolo, sia colpa egli è tenuto del fatto suo. E conchiuderebbe colle parole di Paolo: *rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse cœpisti. Datur utilis actio pignoratitia creditori* (1). E si varrebbe dell'esempio e della decisione di Ulpiano; *sed et si filiusfamilias, patre suo relegato vel longo tempore absente, dotem pro filia promiserit, et rem patris pignori dederit: senatusconsultum quidem cessabit, patris tamen res non tenebitur. Plane si patri heres extiterit filius, et pignus persequatur exceptione doli submovebitur* (2). Parimenti del rescritto di Diocleziano e Massimiano: *cum res, quæ nondum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat; ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est; sed tamen æquitatem facere ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur* (3).

Ecco un altro esempio che dimostra come alla deduzione dei diritti civili sia necessario completare le premesse coll'influenza della buona fede dei contraenti, e come altresì nelle leggi romane, che pur si rampognano di sottigliezze e di formalismo, ad ogni passo introducono quel principio pratico. Il creditore ha stipulato un'ipoteca nulla, perchè mancante del suo natural fondamento, la proprietà dello stabile: ma la di lui buona fede è titolo sufficiente per vincere la norma astratta della legge civile che cede il luogo all'autorità della legge morale; la quale non permette al costituente dell'ipoteca di opporre di aver concesso un diritto illusorio, *quia hoc dicendo*, secondo Neguzanzio, *allegaret turpitudinem suam* (4). *Quia qui ita oppignoravit* soggiunge Voet, *suum utique factum præstare debet, ne ex suo mendacio arguatur* (5). Del resto non si richiederebbe per costringere il costituente a rispettare l'ipoteca, che egli fosse imputabile di malafede, perchè egli in ogni caso è responsale del suo fatto, come si ha da Ulpiano nella specie seguente: *si debitor servum quem a non domino bonafide emerat et pignoravit, teneat: serviana locus est. Et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet. Et ita Iulianus ait; et habet rationem* (6).

La legge austriaca accolse una identica soluzione in riguardo alla rivendicazione della proprietà, la quale nel § 366 del Codice civile non avrebbe luogo per colui che avesse alienato in proprio nome la cosa nel tempo in cui non ne avea per anco la proprietà, e l'abbia posteriormente acquistata.

Se il proprietario non può in questo caso ricuperare la cosa sua ven-

(1) Leg. 41. Dig. *de pignoratitia actione*.
(2) Leg. 7. § 2, Dig. *ad S C. Macedoniam*.
(3) Leg. 5, Cod. *si aliena res pignori*.
(4) Neguzant. *de pignor*. par. 2. mem. 3. num. 65.
(5) In pand. *quae res pignor*. n. 4.
(6) Leg. 21. § 1. Dig. *de pignorib*.

duta da lui medesimo, appunto perchè egli stesso la vendette, ugualmente si dovrà dire che non potrà far cancellare quell'ipoteca che egli stesso consentì, sebbene non fosse proprietario della cosa obbligata (1).

In forza adunque della replica di dolo si conferma una ipoteca originariamente invalida (2). E solo in forza di questa replica; poichè non si confermerebbe l'ipoteca quando non fosse stata costituita volontariamente da quegli che divenne poscia proprietario, ma dal giudice, ossia in virtù d'un titolo necessario (3).

**10.** Ma bisogna premettere che non varrebbe *ab initio* una siffatta ipoteca, e il creditore non potria opporre la replica di dolo, se egli a fondamento di questa non potesse amminicolare la sua buona fede, cioè la non colpevole ignoranza del fatto esposto nell'eccezione, che il fondo ipotecato non avesse appartenuto al debitore o al costituente. *Difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur*, scrisse Papiniano nella legge 1. Dig. *de pignoribus*. La Glossa (4), Bartolo (5), Neguzanzio (6), Dionigi Gottofredo (7), Donneau (8), Pothier (9), Zoesio (10), Bacovio (11), e Brunneman (12) non esitano a porre che la parola *difficilius* indichi la negativa; e quindi torrebbero al creditore il beneficio dell'azione utile ipotecaria. Ma Voet (13) e il suo pedissequo Richeri (14), Troplong (15) e Carozzi (16) opinano che quella parola non importi una negativa assoluta. Noi conveniamo che il senso grammaticale della parola dimostri od una certa dubitanza nel giureconsulto che la profferì, od una certa qual diversità e contrarietà nella applicazione ai diversi casi. Ma ci interessa di sapere se si debba interpretare pel sì ovvero pel no: poichè nel caso concreto non ci può essere termine di mezzo. Costoro scelgono l'affermativa, non vedendo pure che la parola così interpretata contiene una difficoltà maggiore in sè stessa: poichè se il giureconsulto avea voluto affermare, l'avria fatto in un modo più spicciò. Ma la parola *difficilius* indicava piuttosto l'esitazione mentale del giureconsulto; e per ciò doveasi dagli interpreti rimovere le cagioni della esitazione, piuttosto che accon-

(1) Opinione adottata da Carozzi, *giurispr. del Cod. aust. tom.* 10, *pegno* cap. 1, n. 40. e segg. Basevi, al § 366, Cod. civ. da Mattei, ibidem. num. 35. e al § 456, n. 5,

(2) Fabro, *rationalia* sopra la leg. 41. Dig. *de pign. act.*

(3) Troplong. *des priv et hyp.* num. 521. Basevi, al § 456.

(4) In leg. 1. § 1. Dig. *de pignoribus*. v., difficilius.

(5) Ibidem.

(6) Neguzant. *de pignor*. par. 2. mem. 5. num. 56.

(7) Dion. Gottofred. in d. d. leg. § 1, v. *difficilius*. Dig. *de pignorib.*

(8) Donell, *de pignor*. cap. 7. in medio.

(9) Pothier *pandette riord. de pignorib.* num. 19.

(10) Zoesio, in pand. *quæ res pignor*. n. 4.

(11) Bachov. *de pignor*. lib. 2. cap. 4.

(12) Brunneman, in d. leg. 1. num. 4. Dig. *de pignor*.

(13) Voet, in pand. *quæ res pignori*, n. 4.

(14) Richeri, *jurisprud. univ.* 9. § 1306. 1307.

(15) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 325.

(16) Carozzi *Giurispr. del Cod. civ. aust.* vol. 10 *del diritto di pegno* cap. 1. num. 40 41.

tentarsi, come fece Voet, di cercare in altre leggi la prova del senso grammaticale affermativo da lui attribuito.

Papiniano potea versare in questo dubbio per due riguardi. L'uno offerto dalla natura del sistema ipotecario de' Romani, che ammetteano le ipoteche generali per convenzione: l'altro nella natura della stessa replica di dolo. Quella conduceva all'affermativa, questa rendeva di ovvia conclusione la negativa. Tollerata essendo l'ipoteca generale per convenzione sopra i beni futuri non era meraviglia che la convenzione speciale d'una ipoteca d'un bene non appartenente al debitore, come l'ipoteca generale, valesse appena fosse entrata nel suo dominio.

La convenzione dell'ipoteca speciale d'un bene futuro non avea in rispetto all'ipoteca generale alcuna repugnanza logica. Se si poteano ipotecare tutti i beni futuri, perchè non si sarà potuto ipotecare un determinato bene futuro? Il creditore che avesse accettato una simile ipoteca, e avesse saputo che la proprietà ipotecata era futura, potea pretendere alla validità del suo diritto, come se avesse avuto un'ipoteca generale. Nessuna differenza intrinseca ci dovea essere.

Però dall'altra parte l'azione utile pignoratizia, di cui parliamo, non poteasi concedere a siffatto creditore se non in virtù della replica di dolo: il dicemmo nel numero precedente. E la replica di dolo non si poteva opporre dal creditore, il quale, sapendo che il fondo ipotecato non apparteneva al costituente, non poteva allegare alcun dolo od inganno. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (1). Epperciò Bartolo annotava magistralmente: *quia quando creditor fuit sciens, debitor non est obligatus creditori contraria pignoratitia: quia eum non decipit* (2).

Lo scioglimento della quistione potea essere alquanto dubbia a' tempi di Voet e di Richeri, per non aver essi veduto la vera ragione della esitazione di Papiniano.

Ma ne' tempi moderni la cosa va ben altrimenti: e Troplong e Carozzi potevano pur vedere che, per essere abolita l'ipoteca generale per convenzione ne' rispettivi paesi, si toglieva l'uno de' termini del dubbio, e sussisteva l'ultimo, cioè la negazione chiara e lampante da scuotere per lo bagliore chiunque non fosse stato soverchiamente miope sull'analisi inconcludente d'una parola. Eppure ambedue si ostinano nel primo punto: *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*, dicono essi con Voet. Cosicchè collo stesso ragionamento rivivono tutte le ipoteche generali, le clausole indeterminate e sottintese, che fecero in antico della giurisprudenza quella cosa imbrogliata che tutti sanno. *Confirmato jure dantis*, mano mano che il debitore acquista de' beni, *confirmatur jus accipientis* l'ipoteca generalissima. Oppone Troplong l'argomento dalla validità della vendita della cosa dotale. Ma dovremo noi ripetere ciò che dissimo nel

(1) Leg. 145. Dig. *de reg. juris*.

(2) Bartol in leg. 1. § *in speciem* Dig. *de pignor.*

superiore § XIII. num. 5, che altro è il contratto di vendita, altro è quello d'ipoteca o di pegno? Chè in quello non è necessario che il venditore fosse proprietario, bastando al compratore *rem habere licere*; ma in questo è necessario che il debitore abbia un diritto verso il fondo vincolato per potere secondo la legge imporvi un *jus reale*?

Resta adunque, diciamo, la nuda negazione, che deduciamo dalla stessa natura della replica di dolo: per opporre la quale è necessario che il creditore provi d'essere stato ingannato. Chè se egli o non avesse fatto alcuna ricerca, o non adoperata l'ordinaria diligenza nell'indagare la proprietà del debitore, come avviene tuttodì nelle precipitate prenotazioni, non potendo allegare il dolo del suo avversario, ed ogni volta che noi potesse dimostrare, non potria accampare la replica di dolo, e l'azione sua non avendo superata l'eccezione cadrebbe irrita e vana.

**11.** Ma questa conferma, che si potesse ottenere colla replica di dolo, sarà dessa assoluta ed operante contro chiunque, ovvero solamente relativa al debitore e a chi costituì l'ipoteca? Io penso che l'ipoteca costituita non possa valere se non in quanto e in confronto solo di quelle persone alle quali si può opporre la replica di dolo. Poichè vedemmo che gli antichi non concedessero che le azioni utili, per equità, non le dirette, cioè quelle attribuite direttamente dalla legge, la quale non ritiene valida l'ipoteca conceduta da chi non è proprietario della cosa obbligata (1). Quello che siamo per esporre basterà, crediamo, a confutare la contraria asserzione di Grenier (2).

Ma per facilitare la spiegazione di questo argomento, distinguansi le diverse persone, contro le quali si vuole che sia operativa. Abbiamo parlato del debitore e del terzo che costituì quell'invalida ipoteca. Vediamo dell'erede.

Può questi avere ereditato quando il fondo ipotecato era di già pervenuto in proprietà del debitore: ovvero può il debitore avere vincolato il fondo di proprietà di colui che divenne poscia suo erede. L'uno e l'altro caso s'assomigliano. Quest'ultimo caso è posto da Modestino nella legge 22 Dig. *de pignoribus*: *Si Titio, qui rem meam ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, hæres extitero: ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori*. Giusta decisione è questa, per la ragione: che all'erede si può opporre quell'eccezione o quella replica che si poteva opporre al defunto. Gli antichi però disputarono non della giustezza di questa sentenza di Modestino, quanto di una certa quale antinomia che appariva tra questa e la legge 41. Dig. *de pignoratitia actione*, ove a Paolo si attribuiscono queste espressioni: *rem alienam pignori dedisti: deinde dominus rei ejus esse cœpisti. Datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem di-*

(1) Noodt. *de forma emendandi doli mali* cap. XII. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 521.

(2) Grenier *hyp.* num. 51.

*rendum si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero.* (Identico caso del precedente). *Hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur: improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.*

Conservando i termini di questa legge la contraddizione è insolubile (1). Ma i giureconsulti che volevano pur scioglierla doveano o alterare le parole dei testi o dimostrare che coll'una venne derogato all'altra. Cujaccio infatti pensò che Modestino avesse derogato a Paolo, come posteriore in tempo (2). Ma Modestino e Paolo furono contemporanei e fiorirono al tempo di Alessandro Severo; onde non si può stabilire quell'assunto. All'altro ripiego s'addattò Alciato (3), cambiando le parole *non est idem dicendum,* in quelle *num est idem dicendum,* e cambiando le prime due proposizioni da negative in interrogative e dubitative.

L'Accursio ginevrino (4) vuol ravvicinare Paolo a Modestino, ma alterando tutto il testo di Paolo con interpolazioni: il che ci significa quale sia l'opinione preferita dalla giurisprudenza, ma non è certo un buon metodo di torre le antimonie (5). Accettiamo però la sua esposizione come quella che ci dà la soluzione più probabile nell'argomento. Leggiamo nel suo commento alla suddetta legge di Paolo: io penso che Triboniano avesse qui alterato le parole di Paolo; il quale avrebbe voluto dire, senza più discostarsi da Modestino: tu hai impegnata la cosa mia a Tizio, poscia mi succedesti: il pegno che dapprima era nullo, divien valido per il posfatto dell'essere tu divenuto proprietario: con che il pegno è perfetto, perchè vi concorrono la tua volontà e il dominio. *Num idem dicendum est si me invito rem meam Titio pignorasti, et postea tibi successi?* A prima vista diria taluno: *Titio creditori pignoratitiam adversus me actionem non convalescere: nec utique sufficit* (parole di Paolo) *ad competendam utilem pignoratitiam actionem: eundem esse dominum qui etiam pecuniam debet.* Epperchè? perchè in questo caso io non sono tenuto ad una obligazione che non era valida contro il defunto che obbligò la cosa altrui, nè contro di me che non acconsentii. Se però si ha riguardo all'equità, anche in questo caso si dee concedere a Tizio l'azione utile contro di me erede: *nam si defunctus convenit de pignore rei meæ, improbe sane resisto, quominus utilis actio pignoratitia in me moveatur; quia sic resistendo efficio, ut defunctus cui successi ex mendacio suo arguatur.* Io che succedetti al defunto debbo approvare il suo fatto, e non già disconoscere l'obbligazione imposta sulla cosa mia, affinchè non sia

(1) Hotoman, lib. 5. *observat.* cap. 18. Perez. in Cod. *si aliena res pignor.* not. ult. Troplong, *des priv et hyp.* num. 527.

(2) Cujaccio. *observat.* XIX. 26. Pothier, *pand. riord. de pignorib.* num. 20.

(3) Alciato. *Parergon jur* lib. 7. cap. 14.

(4) Dion. Gottofred. *in hanc. legem.*

(5) Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 4. n. 8.

accusato di mendacio colui che obbligando la cosa mia la disse sua. Io debbo come erede proteggere e conservare l'onore del defunto (1).

Questa conclusione di Gottofredo in quanto subordina l'opinione di Paolo a quella di Modestino, fatta astrazione dal modo di conciliarle, è la più ricevuta nella giurisprudenza antica e moderna (2). E dessa fu accolta nei nostri Tribunali. Giovanni Inverni aveva dato ad ipoteca a un suo creditore una possessione, come fosse sua per intero, ma che apparteneva per metà alla zio Pietro Andrea. Morendo lasciava costui l'usufrutto al nipote e la proprietà della sua parte ai figli del nipote. Morto anche colui, i pronipoti vennero citati al pagamento, e la possessione intera messa in vendita. I deliberatarj Tiburzio Cattali e Luigi Andermanni pentitisi dell'acquisto, domandarono la nullità della delibera per la metà del fondo. L'ottennero presso la Pretura di Caprino Veronese, colla sentenza 21 febbrajo 1851, N. 1396; ma questa venne riformata dall'Appello di Venezia, con sentenza 10 settembre 1851. N. 12411: pei motivi, che siccome il Giovanni Inverni non avria potuto opporre al creditore e al deliberatario il proprio fatto d'avere costituila l'ipoteca sul fondo altrui, meno di lui lo avrebbero potuto i suoi figli di lui eredi. E sebbene beneficiarii fossero, non dimostrarono che le forze dell'eredità non bastassero alla soddisfazione dell'obbligo del defunto. Questa sentenza fu confermata in terza istanza colla decisione 30 dicembre 1851 n. 11395. (3).

La stessa conclusione, sembrami, si può adottare in odio dell'acquirente del fondo, che il debitore prima d'esserne proprietario avea ipotecato: quando esso acquirente avesse ricevuto dal debitore la delegazione di pagare parte del prezzo al creditore avente quell'ipoteca viziosa. Questi potria dunque escuterlo ipotecariamente e trionfare delle sue eccezioni colla replica di dolo.

**12.** L'ipoteca costituita in origine sulla cosa altrui, per la sopravvenienza del dominio in chi l'ha costituita, sarà dessa efficace contro i successori singolari del medesimo, cioè contro coloro che avessero acquistato il fondo ipotecato? Se noi badassimo al tramestio delle opinioni

(1) Gothofr. in leg. 41. Dig. *de pign. act.*

(2) Così Accursio nella legge 22. Dig. *de pignorib.* Merc. Merlino, *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 3. num. 1. Balduin, *de pignor.* cap. 12. Brunneman, in leg. 41. Dig. *de pign. act.* Zoesio in Dig. *quæ res pignori*, num. 5. Pietro Müller, *in notis. ad Struv. Syntagm. jur. quæ res pignori*, thes. 17. Voet, in pand. *quæ res pignor.* n. 3. Richeri, *jurispr.* vol. 9. § 1405. Troplong. *des priv. et hyp.* n. 527. Sembrano contrarii Cino, Saliceto e Raphael. in l. *assiduis.* Cod. *qui potior. in pign.* E in parte anche Neguzant. *de pignor.* par. 2. mem. 2. n. 55-57. Fabro *conject.* lib. 20. cap. 17. *Rational.* leg. 41. *de pign. act.* Anche Grenier, hyp. n. 51, pone un caso analogo e lo decide in senso contrario, ma egli parte dal falso principio che la replica di dolo sia inconciliabile col sistema moderno della pubblicità; ma noi abbiamo già detto come questa non c'entri nei rapporti personali dei contraenti e de'loro eredi che forniscono materia di quella replica. Anche Carozzi, *Giurispr. del Cod. aust.* tom. 10. cap. 1. n. 12. sta per la negativa, ma non vede nè comprende la portata della replica di dolo.

(3) Gazzetta de'Trib. di Milano an. 2. n. 98.

dei prammatici dispereremmo di formulare in proposito una decisione qualunque. Ma se procediamo cautamente sulla scorta delle premesse conclusioni, senza intorbidarle nell'atto che le eriggiamo al rango di premesse nella consecutiva deduzione: se ci difenderemo sopratutto dall'avventatezza di principii soverchiamente generali, e quindi vuoti di senso nell'argomento proposto, spereremo di rendere una piana e intelligibile soluzione.

Papiniano ed Africano ci diedero con due responsi una materia sufficiente all'elaborazione dei principii direttivi di cui abbisogniamo. Quello di Papiniano già lo conosciamo per averlo rammentato in riguardo alla proprietà futura *sibi debita*, e a questo medesimo argomento della replica di dolo in confronto al debitore e al suo erede; però ci giova d'averlo ancora sotto gli occhi: *in speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita: postea debitori dominio quæsito*, DIFFICILIUS CREDITORI QUI NON IGNORAVIT ALIENUM UTILIS ACTIO DABITUR, SED FACILIUS ERIT POSSIDENTI RETENTIO (1). Con questo dissimo come l'ipoteca sopra una cosa altrui non potesse convalidarsi per la sopravenienza del dominio se il creditore non fosse in buona fede, cioè avesse ignorato e non avesse potuto conoscere la padronanza altrui.

Questa conclusione non deve mai essere dimenticata, nemmeno trattandosi del terzo possessore.

Tuttavia, siccome la buona fede del creditore non conta senza la colpa nell'altra parte, come dissimo nel § precedente, perciò noi dobbiamo cercare della condizione giuridica, ossia della buona fede del terzo possessore. Ed Africano ci dà la seguente specie:

« Tizia diede in ipoteca un fondo altrui, prima a Tizio poi a Mevio. In seguito ne divenne proprietaria, e dopo ciò lo diede come dote stimata a suo marito. Indi soddisfece al suo debito verso Tizio. Si domanda se per ciò l'ipoteca di Mevio divenuta fosse efficace. Non pare, risponde; *tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur, cum res in bonis debitoris inveniatur*. Ma nel tempo che fu pagato a Tizio, il fondo era posseduto dal marito come compratore; epperciò non essendo di proprietà della moglie, nè quando lo ha obbligato a Mevio, nè quando pagava a Tizio, non si trova un tempo in cui si possa dire essere stato convalidato il pegno di Mevio. *Hæc tamen si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit: id est*, SI IGNORAVIT MÆVIO OBLIGATUM ESSE (2). Il marito sarebbe disobbligato da quell'ipoteca, se avesse ricevuto in dote quel fondo in buona fede ignorando quell'ipoteca. E se l'avesse conosciuta nel momento che ricevea il fondo? Egli dovrebbe rispettarla.

Riassumiamo adunque: il creditore potrebbe talvolta far valere un ipoteca costituita sopra un fondo non appartenente al debitore, ma che in seguito gli provenisse, opponendo la replica di dolo e al debitore stesso,

(1) Leg. 1. Dig. *de pignor. et hyp.*

(2) Leg. 9. § 3. Dig. *qui potiores in pign.*

e al suo erede: quando però il creditore stesso fosse in buona fede, cioè non avesse conosciuto e non avesse potuto conoscere che il fondo obbligato era d' altrui.

Ma potrà opporre la replica di dolo anche contro il successor singolare? Papiniano stabilì che il creditore debba essere in buona fede. E lo riteniamo pur noi. Africano aggiunse che non si può opporre l' obbiezione del dolo contro il terzo possessore *si ignoravit Mævio obligatum esse*. Dunque pose questo estremo: che il possessore per patire quell'obbiezione debba essere *in malafede*.

In queste emergenze si vedono funzionare quei due principii generali che abbiamo premessi nel precedente § in riguardo alla proprietà risolubile. In virtù del principio che nessuno può disporre d'un diritto che non ha, si risponderebbe che l' ipoteca concessa sopra un dominio altrui non si può nè tollerare, e nemmanco pensare. E siccome la convenzione del pegno senza la proprietà è nulla, così non può essere efficace in un tempo avvenire se le parti non interpongono alcun' altra convenzione. Varrà quest' altra convenzione so ed in quanto possa valere; ma l' anteriore contratto è sempre nullo. In virtù però del principio pratico della buona fede si modifica la negativa influenza del principio formale; quindi al creditore di buona fede e d'incolpevole ignoranza si permette di opporre la replica di dolo al debitore e al suo erede, come responsabili personalmente del fatto per cui l'ipoteca rimase viziata. Può opporre la stessa replica del dolo contro chiunque altro quando concorrono i termini abili a ciò. E gli antichi che tacquero in riguardo alla proprietà disciolta, rispondono in questa emergenza, castigando la malafede del terzo possessore, facendolo responsale ed obbligato all'ipoteca nel caso che non avesse ignorato la sua esistenza.

Dobbiamo però distinguere, se per stabilire la malafede del terzo possessore bastasse che egli avesse ignorata in fatto la precedente ipoteca, o se lo si potesse recriminare anche allora che avesse potuto agevolmente conoscerla. Gli antichi doveano certo far dipendere l'obbligo del possessore solamente dal fatto positivo che avesse conosciuta quell'ipoteca: perchè non avendo essi i registri ipotecarj, non poteano far sì che il possessore avesse un modo di conoscerle, un qualche obbligo, la cui trascuranza inducesse in lui od un aggravio di negligenza od un sospetto di malafede.

Ma dopo che la pubblicità ipotecaria fu introdotta (1), e dopo che nel § 443 del nostro Codice civile si stabilì che il possessore fosse tenuto alle risultanze dei registri stessi, e se non li avesse esaminati *fosse soggetto alle conseguenze della sua negligenza*, si può ben fortemente dubitare se egli sia tenuto contro un siffatto creditore.

Molte volte può accadere che egli anche ispezionando i pubblici regi-

(1) Grenier, hypothéq. num. 51.

stri non avesse potuto conoscere quell' ipoteca; come nel caso che fosse inscritta ad un nome alquanto diverso dall'ordinario del debitore: in tal caso mancando la colpa nel possessore non saria responsabile di cosa alcuna. Può avvenire che il debitore abbia ipotecata la cosa dell' erede; il possessore cercando le ipoteche al nome dell' erede e di colui dal quale acquistò il fondo, non vi comprenderebbe il debitore, come quello che non figurò mai nel novero de' proprietarj del fondo stesso. Manca la colpa, manca il sospetto del dolo, manca dunque ogni fondamento all' invocato principio pratico. Il possessore può aver comperato per mezzo d'un'altra persona, d' un tutore, d'un procuratore; in questo caso si potrebbe facilmente escludere la colpa o il sospetto di collusione, e quindi quell'eccezione, che è affatto personale all' imputabilità morale del possessore. Questi è tenuto a rispettare il creditore ipotecario solamente in quanto ne conosca il diritto; egli è tenuto a consultare i registri ipotecarj solo pel proprio interesse; ma come stabiliremo sotto il § XLVIII, l'inscrizione per sè sola non legittima una incompleta e viziata ipoteca. Il possessore deve consultare i registri in questo senso, che allegando di non averli consultati non escluderebbe il sospetto, che peserebbe a suo carico, di connivenza dolosa col debitore. Se questo sospetto è eliminato in qualche altra guisa, cade ogni fondamento all'applicazione di quel principio.

**13.** Non dissimuliamo però che questo argomento, difficile per sè medesimo, è trattato con diverse conclusioni da scrittori ragguardevoli per autorità e dottrina. Crediamo nostro dovere perciò di cimentare la nostra convinzione nella critica delle loro dottrine. Colla temperata dottrina dedotta dal principio pratico della buona fede, ci sembra d'avere conceduto tutto quello che si può concedere a coloro, che troppo largamente favoriscono la efficacia di quella ipoteca viziosa, col profferire a modo di conclusione eccezionale, che siffatta ipoteca possa essere utile quando il creditore fosse stato in buona fede ingannato dal costituente, e quando i terzi, contro i quali si vuol esercitare quel diritto, fossero sospetti di connivenza col debitore. Ma non possiamo concedere in via assoluta e senza alcuna distinzione, che quell'ipoteca sia efficace in confronto ai terzi.

Due tesi propongono gli avversarì. La prima può essere formulata così: « è vero che l'ipoteca costituita sopra un fondo, che non appartiene affatto a colui che la costituì, è invalida; ma se in processo di tempo colui ne acquista la proprietà, con questo solo fatto resta confermata e ratificata l'anteriore ipoteca, anche in confronto dei terzi. » Tale è l'opinione di Francesco Balduino (1), di Bachovio (2), Voet (3), Zoe-

(1) Balduin, *de pignor.* cap. 12.
(2) Bachovio, *de pignor.* lib. 2. cap. 4. n. 7.
(3) Voet, in pand. *quæ res pignori.* n. 4. *qui potiores in pignore,* num. 31.

sio (1), Cujaccio (2), Richeri (3), Merlin (4), Troplong (5), Maltei (6) e Degli Sforza (7). Coloro che non enumerano le autorità, ma pesano le ragioni allegate, dimanderanno quali argomenti adducono.

Essi si riducono a quattro. Traggono un primo argomento dalla suddetta legge di Africano Voet (8) e Richeri (9). Questa legge esclude anzichè favorire il loro assunto, perchè chiaramente dimostra che l'ipoteca di Mevio non fu mai convalidata nè prima nè dopo che la debitrice avesse acquistata la proprietà del fondo; *si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat.* Se il contrario fosse piaciuto al giureconsulto, se cioè l'ipoteca si convalidasse col fatto del successivo acquisto avria concesso l'azione reale contro il terzo possessore. Ma egli formalmente l'esclude con dire: *tunc enim priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo quia neque tunc quum Mævio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit: nullum tempus inveniri quo pignus Mævii convalescere possit.* Non disse adunque che l'ipoteca si conferma *cum res ad bona debitoris perveniat*, ma solo se *in bonis debitoris inveniatur* nel momento che il creditore secondo vuole esperimentare l'azione.

Aggiunge il sullodato Voet che l'antico giureconsullo escludesse qui il secondo creditore solamente nel caso che la di lui ipoteca fosse alligata alla condizione *si prædium illud desierit Titio teneri;* e nel caso che non ci fosse quel legame, gli sembra impossibile che la di lui ipoteca si convalidasse *protinus ab acquisito per mulierem dominio.* Ma è noto che appo i Romani tutte le ipoteche secondarie restavano inefficaci finchè l'ipoteca prima non fosse stata disciolta. Così nella legge 1. Cod. *qui potiores in pignore* si legge: *Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit* (10). Questa conferma era necessaria per l'azione ipotecaria, e senza di essa non potevasi promoverla (11). Dunque tutte le ipoteche secondarie avevano questa condizione implicita; e in questo senso Africano pone la regola: *tunc enim priore dimisso sequentis* CONFIRMATUR *pignus:* ma pone anche l'eccezione in ciò che l'ipoteca non è efficace contro colui, *qui emptoris loco est.* Li avversarii però sentirono la debolezza della loro dimostrazione, poichè Richeri ingenuamente confessa: *quo au-*

(1) Zoesio, in pand. *qui potiores* num. 6.
(2) Cujaccio, in leg. 41. Dig. *qui potior.* lib. 3. quæst. Pauli.
(3) Richeri, *Jurispr.* vol. 9 § 1401, 1402, 1874.
(4) Merlin, *quæst. de droit.* V. hyp. pag. 425.
(5) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 522-525.
(6) Mattei, al § 449, num. 15. *Codice civ. aust.* ed al § 471, *appendice* 1. articolo 2129. num. 2.
(7) Degli Sforza, *il dir. di pegno.* cap. 5. § 19, n. 5. 6.
(8) Voet, *quæ res pignori*, n. 4.
(9) Richeri, vol. 9, § 1401, 1402.
(10) Identiche espressioni si trovano nella legge 5. Cod. *de distract. pignor.*
(11) Leg. 1 e 5 e Dig. *de distract. pignor.* leg. 3. Cod. *si antiquior creditor.* leg. 8. Cod. *qui potior. in pign.*

*tem fundamento nitatur jurisconsultus, pignoris persecutionem denegans Mævio, divinare non possum. Explicent qui academicis studiis vacant* (1).

**14.** Per secondo argomento adducono gli uni la legge 3. § 1 Dig. *qui potiores in pignore* (2), gli altri la legge 56. Dig. *ad S. C. Trebellianum* (3). Eppure queste leggi non riguardano la quistione. Noi qui trattiamo della fortuna d'un'ipoteca conceduta sopra di un fondo, che *non apparteneva assolutamente* al costituente: parliamo della proprietà futura *ex causa de futuro*, e non già della proprietà futura *ex causa de præsenti*, della quale dicemmo in principio di questo §. Ivi abbiamo dimostrato che questa specie di proprietà futura si può ipotecare validamente dall'ora che il costituente ha sulla medesima un *titolo* idoneo ad acquistarne la proprietà: ed al contrario, che la proprietà futura *ex causa de futuro* non può essere materia d'una valida ipoteca. Noi stessi abbiamo allegato il primo di quei testi per il caso del mandante, il quale ipotecò un fondo comperato dal suo procuratore, prima che questi glielo consegnasse, e dopo consegnato lo ipotecò ad un secondo creditore. Bartolo ce lo presenta in questi termini: *si primo obligetur res debita, secundo autem effecta propria, prior in tempore præfertur.* Citammo pure il secondo testo per la medesima categoria, perchè relativa ad un'ipoteca concessa dall'erede sostituito prima che gli fosse restituita l'eredità; *hereditate postea restituta .... pignora confirmari.*

Per terzo argomento citano le leggi: 1. § 1 Dig. *de pignoribus* (4): 41. Dig. *de pignoratit. actione* (5): 7. Dig. *ad S. C. Macedonianum* (6): 5. Cod. *si aliena res pignori* (7); ma è presto osservato che queste leggi non sono pur esse concludenti: giacchè non escono dai rapporti del creditore col debitore o col suo erede: e di queste leggi con altre abbiam fatto parola in proposito della replica di dolo opponibile a quelle persone. E parimenti il giudicato 14 agosto 1601 del Parlamento di Parigi, riferito da Troplong (8) non è più concludente perchè riguarda la conferma indiretta dell'ipoteca contro dell'erede del costituente.

**15.** Per quarto argomento, che è una perifrasi della tesi, piuttostochè una ragione, soggiunse Balduino che l'ipoteca di cosa altrui si conferma perchè costituita colla tacita condizione che la cosa divenga in proprietà del costituente: *dixi antea conditiones pignorum retrotrahi. Res*

(1) *Jurispr.* vol. 9. § 1405.
(2) Voet, in pand. *qui potiores.* num. 31. Richeri, *Jurispr.* vol. 5. § 1874.
(3) Balduin, *de pignor.* cap. 12. Voet, loc. citato.
(4) Balduin, loc. cit.
(5) Balduin, loc. cit. Troplong, *des priv.* num. 522.
(6) Balduin, loc. cit.
(7) Troplong, loc. cit.
(8) *des priv. et hyp.* n. 525.

*aliena recte datur pignori sub hac conditione si debitoris fiat. Sed et si hæc conditio non exprimatur, tacite tamen inesse intelligitur* (1).

Quando le parti fanno un contratto, e mancandovi uno degli essenziali requisiti, espressamente dichiarano di voler ferma la convenzione, quando non mancasse alcuno dei requisiti medesimi, è lo stesso come se aspettassero a compiere quella convenzione quando nulla mancasse alla sua efficacia, e solo allora apponessero la data e da essa principiassero i diritti e le obbligazioni reciproche. In quel caso si potrebbe fare agevolmente astrazione dall'intervallo di tempo decorso dal giorno della stipulazione a quello del di lei compimento; ma, come abbiamo veduto superiormente (num. 8), questa convenzione condizionale darebbe all'ipoteca pattuita l'effetto, non dal giorno della costituzione, ma della verificata condizione.

Torna quindi indifferente che una siffatta condizione sia espressa od implicita: in nessun caso l'ipoteca varrebbe dalla sua data. Ma nell'ipotesi di Balduino v'ha di peggio. Se le parti convenissero in un contratto, al quale mancasse o la materia o la forma necessaria, senza esprimere che esse intendono di supplire a quel diffetto rimettendosi all'avvenimento di fatti posteriori: saria pur sempre vero che quello che si fece non fu un contratto, ma una *nullità giuridica*. Il Cardinal Mantica confuta l'opinione di Balduino, con dire: *secus autem si* (debitor) *obligasset pure rem quæ erat aliena: nam tunc voluit obligationem valere a principio: et quia tunc valere non potuit, etiam si postea superveniat dominium, de rigore ipsa hypotheca reconvalescere non potest, obstante regula Catoniana* (2): che cioè: *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. (3).

E meglio De Olea ci conforta nella nostra opinione. « *His addo quod quando actus ex defectu formæ aut solemnitatis nullus est, non convalidari ex simplici ratificatione: sed necessarium est, quod in ea interveniat eadem forma, tempus et solemnitas, quæ requiritur ad essentiam et valorem ipsius actus cessionis, donationis, transactionis, contractus vel distractus, qui ratificatur* (4).

E Paolo Politi: *quinimo plerique addunt, stipulationem super iisdem rebus et juribus in statu incapacitatis conceptam, adeo inutilem et improbratam esse, ut nequeat reconvalescere, ac substantiam obtinere ex postfacto* (5). »

(1) Balduin, *de pignor.* cap. 12. Anche Hotoman in Dig. *quæ res pignori*, pr. in fine, è dell'opinione di Baldnin. Così anche Neguzanzio *de pignor.* par. 8. mem. 3. n. 15 e Mercuriale Merlino *de pignor.* lib. 2. tit. 1. quæ. 2. n. 23.

(2) Mantica, *de tacit. et ambig.* lib. 11. tit. 22. n. 17.

(3) Leg. 29. Dig. *de div. regul. jur.*

(4) De Olea *de cess. jur.* tit. 1. quæ. 6. n. 30. Così anche Costa *de retrotract.* cap. 8. cas. 4. n. 16. e Surdo. *decis.* 70. n. 12-17.

(5) *De verbor. obligat.* quæ. 18. Vedasi retro: § XI, n. 4. § XII, n. 4. § XIV, n. 11.

Ora se un'atto nullo non può essere ratificato che da un'atto espresso e formale, vedesi quale sia il valore di questa ipotesi della condizione implicita: tanto che nemmeno una ratifica espressamente fatta con tutte le forme non potrebbe avere un effetto retrogrado o pregiudizievole ai terzi: come è ricevuto volgarmente (1).

L'opinione di Balduino è tanto avventata che per lei resta pressochè distrutta la regola generale che pronuncia la nullità dell'Ipoteca sulla cosa altrui: perchè non si saprebbe in qual caso non si potesse sottintendere quella condizione. E l'opinione sua è d'altronde destituita d'ogni fondamento nelle leggi romane (2).

Se non che Voet sembrerebbe avvicinarsi a quella sentenza, adducendo colle leggi 2. Dig. *de exceptione rei venditæ et traditæ;* 17 Dig. *de fundo dotali*; e 42 *de usucapionibus,* il paralello tra il contratto di vendita e quello di pegno (3). Ma noi abbiamo stabilito superiormente (§ XIII. n. 5.) che se è valido il contratto di vendita d'una cosa che non appartiene al venditore, è però nullo il contratto di pegno di una cosa altrui. E ben ci pare che le ragioni ivi esposte soddisfacciano al bisogno, ed escludano nel proposto argomento l'induzione dall'un contratto all'altro. Quindi le suddette leggi, non sono qui affatto applicabili, perchè nella prima si parla d'una vendita colla successiva tradizione d'un fondo medesimo a due diverse persone, all'una delle quali fu fatta dal venditore quando ne era proprietario, ed avea perciò ragione d'essere preferito, perchè possedette pel primo la cosa mediante un titolo valido, come contratto; nella seconda ed ultima si discorre di un marito che venduto il fondo dotale, fatto acquisitore del medesimo, confermava nel compratore il dominio (4).

Ma il contratto di pegno non è valido se non nel caso che sia efficace a trasferire un diritto reale: *quia in pignore*, ripetiamo con Accursio, *oportet quod constituam jus in re, idest obligationem quandam, quod facere non possum si res est aliena* (5). *Sed conventio sola*, soggiungiamo con Donello, *sed conventio sola non sufficit. Ad pignoris obligationem etiam id requiritur: qui rem jure suo potuit obligare, item res quæ possit obligari* (6). Non è solo speciale al pegno la massima professata da Mo-

(1) Surdo, *decis.* 70. n. 22. a segg. *decis.* 245. n. 5. Mantica, *de tac. et amb.* lib. 25 tit. 6. n. 51. lib. 11. tit. 22. n. 17. Bersan, *de pupillis,* cap. 2. quæ. 34. n. 8. Costa, *de retrotract.* cap. 8. cas. 4. n. 4. 14. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 526. 496 e 497; anzi nel n. 498, confessa con Bartolo ed altri che la ratifica non nuoccia ai terzi nel caso delle vendita fatta a *non domino*. A più forte ragione diremo noi questo si può applicare all'ipoteca di cosa altrui per la ragione che questa è affatto nulla, nel mentre la vendita vale almeno come contratto.

(2) In questo conviene anche Troplong, *des priv. et hyp.* n. 524, bis.

(3) Voet, in pand. *quæ res pign.* num. 4. *qui potior. in pig.* n. 31. e copiandolo anche Troplong, *des priv. et hyp.* n. 525. e Mattei al § 449, n. 15. Cod. civ. aust.

(4) Troplong, *vente*, n. 4 a 230-236. conviene che nel diritto romano la vendita della cosa altrui era valida.

(5) Glossa in leg. 28. Dig. *de contrahen. emptione*.

(6) Donello *de pignor*. cap. 6. in fine.

destino (1), e da Catone (2) che un atto nullo da principio non può convalidarsi in seguito; ma fu anche applicata da Ulpiano al legato di cose che prestare non si potessero, come per esempio di colonne connesse ad un edifizio, che non si poteano per legge distaccare; il qual legato non si convaliderebbe se in processo di tempo le colonne venissero distolte *quia vires ab initio non habuit* (4); fu applicata da Giustiniano nel caso d'una vendita di cose proibite; *nec in pendenti erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest .... sed protinus inutilis est* (5). Anche in questi casi colla logica di Balduino, di Voet, di Troplong si potrebbero sottintendere delle condizioni implicite: ma tant'è che abbiamo troppe finzioni, per non cercare sottilmente di accrescerne il numero.

Dunque la massima sostenuta dagli avversarii: *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis* (6), non può in questa materia meritare per sè sola attenzione, senza riguardo alla replicata di dolo.

**16.** Abbiamo adunque veduto che le leggi romane vivificarono l'ipoteca imposta originariamente sulla cosa altrui, solamente in quanto temperavano la deduzione del principio formale del *nemo plus juris etc.*, colla salutare funzione del secondo principio pratico, per cui la buona fede del creditore lo fa preferire al debitore o al terzo possessore imputabili del proprio fatto o sospetti di fraudolenta collusione. Colla diligente analisi di quelle leggi, e col rispetto che si deve alla naturale efficienza del suddetto principio formale, non poteasi esagerare l'efficacia della *replica di dolo* e dell'ipoteca sulla proprietà futura, fino al punto di escludere qualunque eccezione. Se la replica di dolo fosse opponibile a qualunque estraneo possessore, se l'ipoteca costituita sopra beni che affatto non appartenevano al debitore dovesse valere come legittima dall'origine contro i terzi incolpevoli e inscienti, cosa può mai divenire del principio formale che presiede in questo genere di rapporti tra la proprietà e l'ipoteca? Perchè mai si dirà che l'ipoteca suppone il dominio, il possesso, il godimento, la disponibilità giuridica dell'immobile, se l'ipoteca potrà benissimo in qualsivoglia caso sussistere sulla proprietà altrui, appena che in seguito pervenga questa al debitore?

Noi non vediamo come in questo luogo il signor Troplong posponga questo principio formale concedendo l'azione utile al creditore ipotecario, proteggendo l'equità, la buona fede, anche contro il terzo possessore ignaro ed incolpevole: mentrechè in un altro luogo, parlando de' casi in cui si risolve la proprietà, disse con fermissimo proposito che a questa

(1) Leg. 22. Dig. *de pignorib.*
(2) Leg. 29. Dig. *de reg. jur.*
(4) Leg. 41. § 1, 2 Dig. *de legatis.* 1.
(5) Institut. *de inutilibus stipulation.*
(6) Voet, *quæ res pign.* n. 4. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 521, 525.

stessa buona fede del creditore non si debba avere alcun benchè minimo riguardo (1). Forse il creditore che ebbe un'ipoteca sopra una proprietà vera all'atto, comunque risolubile dappoi, avea minori diritti del creditore che ebbe l'ipoteca sopra una proprietà futura, cioè una non proprietà? E se in quest'ultimo caso volle attribuire un così esagerato favore alla buona fede, perchè negò i dovuti e limitati riguardi nel caso antecedente? Questa sua ultima opinione è dunque contraddittoria con quell'altra circa la proprietà risolubile. È poi affatto irrazionale nella sua generalità, è esagerata, perchè la buona fede del creditore è solo a proteggersi contro quel possessore che fosse in malafede, o sospetto di collusione. Invano egli ci viene a dire che gli antichi concedessero le azioni utili in ogni caso, stante la buona fede del creditore e per riguardi d'equità (2). No: gli antichi non concessero quelle azioni in qualunque caso: invocarono l'equità solamente in quanto potesse funzionare quel principio pratico della buona fede del creditore in rispetto alla malafede o alla negligenza colpevole del possessore. Ma contro il possessore incolpevole o scevro da sospetti non concessero l'azione persecutoria: *si ignoravit Mævio obligatum esse:* ripetiamo noi con Africano.

Invano poi attribuisce a quella sua opinione la conferma dell'antica giurisprudenza francese: perocchè due grandi giureconsulti francesi d'un incontrastabile autorità apertamente lo disdicono. In quanto che Donneau nella soggetta materia lasciò scritto: *hæ sunt quidem causæ in quibus res debitori retineri* (dal creditore) *per exceptionem possunt; sed non fieri id pignoris jure:* VERUM EXCEPTIONE TANTUM QUÆ DEBITORI DOLO FACIENTI OPPONATUR (3), E Dionigi Gotofredo comentando la legge 41. Dig. *de pignoratitia actione*, spiegò colla massima chiarezza, come viddimo di sopra, il senso vero e l'efficacia e i limitati rapporti in cui può valere l'azione utile: cioè nei rapporti col debitore e col suo erede. E nel comento alla legge 9. § 3. Dig. *qui potiores in pignore*, non lasciò dubbio che il terzo possessore fosse tenuto in questo caso solo allorquando fosse reprensibile di dolo: *alias scilicet in maritum agetur, ut res æstimarentur, fraudandi secundi creditoris causa.* Gotofredo allegò in questo luogo come conforme alla propria opinione quella di Cujaccio.

Ma Troplong senza distinguere come pur distinse Cujaccio, allega un brano di questi, ove insolentisce contro Accursio dicendo: *nec (quasi in hanc rem Accursii nugas) puta id non probanti* (che la cosa appartenesse originariamente al debitore) *creditori dari hypothecariam in debitorem, non in extraneum possessorem. Datur enim hypothecaria in utrumque, in quemlibet possessorem, sed utilis, ut dixi, non directa* (4). Ma noi

(1) Vedasi citato nel superiore § XIV. n. 8. pag. 345.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 521. in fine, e n. 522.

(3) Donell. *de pignor.* cap. 6. e vi ritorna sulla stessa opinione nel seguente cap. 7.

(4) Cujaccio, quæst. Paul. lib. 3, leg. 41. Dig. *de pignor. action.*

qui vediamo che sotto questi diversi aspetti e Troplong e Cujaccio s'ingannarono a gran partito. Ebbe ragione Cujaccio nel dire che l'azione utile si può promuovere contro il terzo possessore, quando fosse di malafede; ma ebbe torto nel supporre che Accursio dicesse diversamente: perchè la sua glossa nella legge 41. Dig. *de pignoratitia actione* non mira ad altro che a conciliare Paolo con Modestino: e dice in genere che la replica di dolo non si può opporre contro il terzo possessore; ma nella legge 9. § 3. Dig. *qui potiores in pignore*, stabilisce esplicitamente che la buona fede del possessore può impedire l'esercizio dell'azione ipotecaria. Ma quantunque potesse essere oscura l'opinione della Glossa, non era in contraddizione coll'opinione di Cujaccio; nè questi, nè tanto meno Troplong, sebbene uomini di meravigliosa erudizione, non poteano tacciarla di frivolezza, quand'anche fosse stata men vera: posciachè non sapressimo come avria avvantaggiata la giurisprudenza francese, se l'antica scuola di Bologna non le avesse dissodato il terreno alcuni secoli innanzi. Ma queste contumelie non sono nuove pei francesi: già n'ebbe ad adontarsi e a ribatterle un valente giureconsulto spagnuolo con queste parole, che non abbisognano di postille: *denique Cujaccius dum Accursii comenta rejicit, in eadem incidit.... Quod quidem novioribus Gallis usitatum est: sæpe enim rejecto Accursio et Bartolo, aliis verbis Accursii et Bartoli explicationes usurpant, et tamquam ab Apolline secreto acceptas, suis laudibus non fraudant; maluntque, quod ait Plinius, in furto deprehendi, quam ingenue fateri per quos proficiant: illud obliti, sortem fieri ex usuris, ab aliisque prius dicta, nostra fieri, si vel nostra luce illustrentur, vel justa censura expendantur* (1).

E che diremo in fine del signor Troplong che dopo aver copiato alla cieca quel frammento di Cujaccio vuol farne capaci gli altri, pretendendo di provare quell'adulterata asserzione, semplicemente traducendola nel suo idioma? Queste parole di Cujaccio, dice egli letteralmente, *sont si graves que je crois y insister en les traduisant.*

Noi non gli invidiamo certo questo genere originale di dimostrazione.

**17.** Bisogna dunque convenire in questo, che l'ipoteca costituita originariamente sulla cosa altrui non resta sanata di diritto per la sopravenienza del dominio, se non in virtù della eccezione o replica di dolo.

Tuttavia gli avversarii della nostra opinione sostennero che il successor singolare sia responsale del dolo e del semplice fatto del suo autore in riguardo alla cosa acquistata, e all'ipoteca viziosa di cui parliamo. Voet (2), e Troplong (3) allegano questi due aforismi desunti dalle leggi 143 e 156 Dig. *de diversis regulis juris. Quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit. Plerumque emptoris eadem esse causa debet circa petendum et defendendum, quæ fuit auctoris.*

(1) Giovanni Garzia, de *expensis et meliorat.* cap. 18. n. 65.

(2) Voet, in pand. *quæ res pignor.* n. 4

(3) Troplong *des priv. et hyp.* n. 524

Nulla di più pericoloso che una regola generale applicata in uno fra diversissimi e difficili casi, e non abbia per sè stessa un'evidenza certissima come d'un dogma superiore ad ogni esame. Nè ci ha regola di diritto che possa stare da sè come indipendente dal restante idealismo giuridico, e quindi non si debba dimostrare colla deduzione da un principio superiore. Eppure nello stesso titolo, ove que' due aforismi si raccolsero, esordirono i compilatori antichi con questo precetto metodico: *regula est quæ rem quæ est breviter enarrat: non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.* Quella regola per sè stessa contiene una mera petizion di principio: perchè io domando come si dimostra che essa sia desunta dal Diritto. Io la rifiuto nella sua generalità: non in tutti i casi e sotto tutti gli aspetti, e nell'argomento che trattiamo, al compratore e terzo possessore estraneo si possono opporre quelle eccezioni che sono personali al venditore. Troplong istesso ci autorizza a limitarla, poichè egli dice che valga solo ed in quanto il successor singolare *causam habeat* dal suo autore; egli può essere avente causa per un rispetto, non avente causa per un altro (1). Ma noi diciamo che quella regola si debba risolvere piuttosto in quell'altra: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet.* E di più circoscriviamo anche questa regola in questo solo, che il compratore riceve non tutti i diritti e gli obblighi del venditore, ma solo quei diritti limitati che egli ha sulla cosa venduta: e non trasferisce quelle limitazioni che nascerebbero da eccezioni personali che i terzi gli potriano opporre. Egli ha un diritto reale di possesso di dominio, d'usufrutto, od altro; colla vendita della cosa li trasmette nel compratore. Ma quelle eccezioni, ossia quelle pretensioni personali che i terzi gli potrebbero opporre, non possono opporle al terzo; poichè al terzo non si possono opporre che i diritti reali.

Così le leggi stabilirono che il conduttore non può esercitare o conservare le sue azioni personali *ex locato conducto* contro il successor singolare (2).

Se alcuno avesse promessa semplicemente una servitù sopra il fondo, e pria di effettivamente costituirla avesse venduto lo stabile, il vicino cui venne fatta la promessa non potria molestare il compratore (3). Ma le leggi distinsero i diritti reali dai personali: i primi affettano direttamente la cosa, la seguono presso qualunque persona, quindi colui che ha sulla cosa venduta o il prevalente dominio, o la servitù reale o la vera ipoteca, realizza il suo diritto contro il terzo possessore, e questi in ultima analisi è tenuto alle conseguenze del fatto o della colpa del suo autore.

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 530.

(2) Leg. 59. § 1, Dig. *de usufruct, et quemadm.* leg. 9. Cod. *de locato et conducto* §§ 1095, 1120 e 1121. Cod. civ. aust. Nostro § V, n. 11 e § XIII, n. 18.

(3) Surdo *decis* 264, n. 3. Pecchio, *de servitut.* tom. 4. cap. 2. quæ 2. n. 35. Arg. dal § 523, Codice civ. aust. dove si dice che chi pretende la servitù deve provarne l'esistenza *come di un diritto reale.*

che occasionò il diritto dei terzi. Ma se il fatto e il dolo di costui non attribuì ai terzi un diritto reale sulla cosa venduta, il compratore non ne può essere molestato. Così Ulpiano nella legge 4. § 27 Dig. *de doli mali et metus exceptione. De auctoris dolo exceptio emptori non objicitur. Si autem accessione* (supponiamo l'accessione industriale) *auctoris utitur, æquissimum visum est, eum qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris; et perœque traditur rei quidem cohærentem exceptionem etiam emptori nocere: eam autem, quæ ex delicto personæ oriatur, nocere non oportere.* E ciò sembrami evidente: il compratore non ha sulla cosa comperata un diritto *di proprietà* che sia più forte di quello del venditore. E se il venditore fosse un possessore di mala fede, e quindi non fosse proprietario, il compratore non la acquisterebbe se non colla sua propria buona fede continuata col possesso legittimo di tutto il tempo richiesto dalla legge (1).

Dal che inferirono gli antichi che nuoccia al compratore la mala fede del suo autore, in quanto che senza di essa non si possa giustificare il possesso e il dominio. Ma se il compratore è di buona fede, e non ha d'uopo di quella del suo autore per difendere il suo possesso, allora il dolo qualunque del suo autore non gli nuoce. In questo senso si deono intendere queste leggi: *Prætor ait, qui bona fide emit. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quæ bonam fidem habet. Proinde hoc sufficit, me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim; licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit* (2). *Dolum auctoris bonæ fidei emptori non nocere, certi juris est* (3).

Quando adunque le pretese dei terzi derivanti dal dolo o dal fatto del venditore non bastano alla negazione e alla affettazione del diritto di proprietà o di possesso civile del compratore, questi non può essere molestato (4). Egli non sarà adunque sottoposto alla azione ipotecaria dei creditori, che ebbero l'ipoteca sopra il fondo venduto quando non apparteneva ancora ai venditore costituente, se non nei casi testè esaminati: quando cioè il compratore avesse ricevuta la delegazione del prezzo, ovvero avendo comperato spontaneamente, egli avesse potuto agevolmente conoscere dell'ipoteca conceduta a quei creditori, i quali (notisi questa ulteriore limitazione) non avessero potuto sapere che il fondo era d'altri, non avessero ottenuta l'ipoteca se non perchè ingannati dal debitore.

**18.** Resta a chiedere se l'ipoteca della cosa altrui per il susseguente acquisto del debitore sia efficace contro gli altri creditori.

(1) Leg. 5. Dig. *de diversis tempor. præscript.* arg. ex leg. 7. § 6, Dig. *pro emptore.* Richeri, *Iurisprud.* vol. 4. § 72, § 1465, Cod. civ. aust. E quanto alla prescrizione dei dieci e vent'anni si può argomentare dagli art. 2265 e 2265 del Cod. Napoleone.

(2) Paolo, in leg. 7. § 11. Dig. *de Publician. in rem. act.*

(3) Alexand. in leg. 3. Cod. *de periculo et commodo rei vend.*

(4) In termini consimili conchiude Neguzant. *de pign.* par. 8. m. 5. n. 9.

Si distinguano tre casi. O trattasi di un secondo creditore che ricevuto avesse l'ipoteca sopra il medesimo fondo, nel tempo che questo non apparteneva ancora al debitore, ed abbiamo una legge romana, la quale decide che debba valere tanto l'una che l'altra ipoteca col rapporto della prelazione di tempo. *Si non dominus*, scrive Paolo, *duobus eandem rem diversis temporibus pignoravit, prior potior est: quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamur, possessor melior sit* (1).

Questa decisione deve essere attentamente istudiata, perchè ci sembra che basti a combattere le avversarie opinioni, ed a conservarci nella dottrina che abbiamo superiormente sostenuta. Nel caso di cui parliamo, la decisione di Paolo è suggerita dal riflesso, che, siccome il secondo creditore non ha un diritto meglio fondato di quello del primo, così non potrebbe eccepirgli della nullità; ma in di lui confronto l'ipoteca del primo sussiste come fosse senza peccato originario. Voet (2) e Richeri (3) sosterrebbero invece che le di loro ipoteche come viziose in origine e confermandosi nello stesso tempo, all'atto che il debitore acquista il dominio della cosa ad essi ipotecata, non dovessero ottenere la prelazione di tempo, ma la concorrenza *pro rata*. Questo sarebbe vero, se veramente l'ipoteca di cosa altrui si confermasse *ipso jure* col posteriore acquisto. Ma di sopra abbiam detto che questo non può essere: e qui Paolo concorre a contradirli. Il secondo caso è preveduto dalla decisione dello stesso giureconsulto romano, circa le diverse ipoteche che fossero concedute sul medesimo fondo da diversi non proprietarii. Allora il primo non avrebbe azione promovibile contro o l'ultimo possessore o il creditore dell'ultimo possessore, perchè (come si è detto nel num. 1 e 3 del § XIV,) il semplice possessore potrebbe bensì concedere una valida ipoteca, ma questa non durerebbe più che non durasse il possesso; e se il possesso di chi concedette la prima ipoteca venne a cessare, il creditore non potrebbe agire contro il secondo possessore (4). Se fosse lecito argomentare dal silenzio di quel giureconsulto (il che è assai pericoloso), si potrebbe conghietturare che egli non avesse creduto che la ipoteca della cosa altrui non fosse affatto operativa contro i terzi: perchè non distingue se il successivo possessore sia un avente causa dal primo possessore, o possessore per sè medesimo. Nella supposizione che fosse un avente causa, Paolo favorirebbe l'opinione contraria all'efficacia di quel diritto.

Però lasciamo queste estreme eventualità per il caso più ordinario (3. caso) di quando cioè il primo creditore volesse far valere la sua ipoteca viziosa contro i creditori, che ebbero un'ipoteca nel tempo che il debitore era divenuto padrone. La risposta a questo caso deve essere

(1) Leg. 14. Dig. *qui potiores in pign.*
(2) Voet, in pand. *qui potiores in pign.*
(3) Richeri, *Iurisprud* vol. 9. § 1575, 1576.
(4) Struvio, *Syntagm. jur. qui potiores in pignor.* thes. 33. Balduin, *de pignor.* cap. 19. Voet, in pand. *qui polior.* n. 31. Richeri vol. 9. § 1577.

identica di quella data in riguardo al successor singolare, dicendo: che l'ipoteca di cosa altrui originariamente invalida non può tacitamente ed *ipso jure* convalidarsi, per la successiva proprietà acquistata al debitore; che può invece ottenere un effetto indiretto in virtù della eccezione o replica di dolo, ma sempre se ed in quanto sia opponibile al terzo possessore ed ai creditori (1). Quanto alla prima conclusione oppugnata da Troplong (2) difesa dal suo annotatore Spinnael (3), e da Grenier (4), sta la letterale disposizione dell'articolo 2129 del Codice civile francese (nostro § XVIII), nel quale è prescritto che nel costituire l'ipoteca convenzionale debbasi *dichiarare specialmente* la natura e la situazione di ciascuno degli immobili *attualmente appartenenti* al debitore; sta la dimostrazione esposta sulla natura di questa ipoteca; sta il giudicato 11 giugno 1817 della Corte di Bruxelles riferito dallo stesso Troplong (5). Sta per analogia, ciò che si dice nel Capitolo seguente, in proposito di una inscrizione difettosa, la quale se venisse rettificata in processo di tempo, non ridonerebbe al credito l'efficacia ipotecaria che avrebbe avuto, se fin da principio l'iscrizione fosse stata regolare (6).

Per questa conclusione riteniamo che siffatta ipoteca non sia valida in odio dei creditori aventi una posteriore ipoteca, od anche, in un processo edittale, contro i semplici chirografarii; i quali avrebbero interesse a far dichiarare nulla quella ipoteca, che si esclude dalla compartecipazione al valore del fondo ipotecato.

Abbiamo pure posto un altra conclusione in base al principio pratico della buona fede del creditore, e della malafede de' suoi avversarii: ma fuori di quella base quel creditore non ha altro appoggio. E questa base dicemmo consistere sopra due punti: nella buona fede del creditore che fosse stato ingannato dal debitore coll'aver questo con un sufficiente apparato di prove asserito, essere egli il proprietario dello stabile; senza di che non potria il creditore che imputare a sè stesso il proprio inganno, se non fu diligente nell'esaminare i titoli giustificativi del dominio, ovvero non può caricare ad altri il peso della propria avventatezza di credere che l'ipoteca potesse consistere, senza porre attenzione alla proprietà del fondo ipotecato. Consiste altresì nella malafede dell'avversario o successor singolare o creditore qualunque, i quali si potessero

(1) Mattei al § 449, n. 15, Cod. aust. adotta un' opinione contraria, in base del falso principio che l'ipoteca si convalidi *ipso jure* in confronto ai terzi colla sopravenienza del dominio. È inutile il dire che le leggi da lui citate non escono dai rapporti dei contraenti. E vi persiste anche nel n. 3. dell' art. 2129, append. 1. al § 471.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 524, bis. Così da Voet, *qui potiores.* n. 31. Richeri, vol. 9. § 1574.

(3) In notis a Troplong. ibid. ediz. di Bruxelles. V' ha però questa differenza, che Troplong è conseguente col tener valida l'ipoteca tanto contro il successor singolare che i creditori ipotecarii, e l'annotatore si contraddice, negando in l'uno e affermando lo stesso nell'altro caso.

(4) Grenier, hypoth. tom. 1. n. 51

(5) loc. cit.

(6) Vedi § XXV, num. 8.

convincere d'avere acquistato il fondo, e aperto i loro crediti nella *mira* di danneggiare quel creditore. Ma questa collusione non può essere messa in rilievo per ciò solo che l'ipoteca del primo creditore fosse inscritta, e come tale da ciò che potesse essere conosciuta da coloro: ma ci vogliono altri indizii che sieno sufficienti a persuadere il giudice sulla esistenza d'una collusione: la quale oltre che è difficile a provare contro l'acquirente, e i creditori ipotecarii, è quasi impossibile in confronto de' creditori personali.

Cosicchè, in ultima analisi, sempre più mi raffermo nell'opinione che una siffatta ipoteca non possa quasi mai essere efficace contro i posteriori creditori, qualunque essi sieno: perchè il ripeto, dessa è invalida a termine dei principii generali dell'ipoteca: è insostenibile nella pratica se non è sussidiata dal principio pratico della buona fede, che è opponibile solo quando è confortato da quei due estremi.

## § XVI.

Se il valore del pegno o per colpa di chi lo ha costituito, o per un difetto della cosa manifestatosi posteriormente non si trova più sufficiente per garantire il credito, ha diritto il creditore di esigere dal medesimo un altro proporzionato pegno.

§ 458. *Cod. civ. austriaco.*
*Arg. dagli art.* 2130. 2131. *Cod. civ. franc.*

### SOMMARIO.

1. Deduzione dai principii posti nel § VIII.
2. Delle deteriorazioni posteriormente cagionate dal costituente o dai terzi possessori.
3. Delle deteriorazioni cagionate da imprevedute cause fortuite o dalla scoperta di antiche ipoteche o di cause limitatrici o risolutive della proprietà.
4. L'insufficienza dell'ipoteca convenzionale dev'essere stata sconosciuta in origine: eccetto il caso d'una riserva espressa.
5. Della misura e della prova dell'insufficienza dell'ipoteca convenzionale.
6. Se non prestandosi il debitore al chiesto supplemento, il creditore possa chiedere la restituzione del capitale.

**1.** Nel § VIII ponemmo questi due principj; ove non avvi, o venne a cessare il credito personale, ivi nasce il bisogno e il diritto d'una cauzione; quando il creditore ha diritto alla cauzione, ha con ciò stesso il diritto, ossia il titolo all'ipoteca. Nel § X e nel § XIII num. 6 par-

lammo dell'entità obbiettiva della cauzione ipotecaria, sotto il doppio rapporto economico e giuridico della proprietà ipotecata.

Ora potrebbe avvenire che o falsamente si compulasse il valore economico e la condizione giuridica del fondo, ovvero per cause posteriori restassero l'uno e l'altra scemati. Quindi il creditore potrebbe trovarsi in tal posizione d'abbisognare d'una nuova garanzia, o d'un supplemento di garanzia, perchè l'anteriore ipoteca fosse risultata, o fosse divenuta insufficiente ad assicurargli il credito. In queste evenienze non si può dire che avesse avuto il creditore una fiducia personale nell'obbligato, perocchè egli credette di provvedere all'intutto all'efficacia del suo diritto, commettendolo alla certezza d'una ipoteca che sembravagli bastevole e sicura. Egli avea dunque in mancanza del credito personale un diritto alla cauzione reale: egli si lusingò di aversela procacciata; ma se l'ipoteca diminuì di valore, e la cauzione in tutto o in parte gli fece difetto, egli ha più che mai bisogno e diritto d'una garanzia. *Quotiens vitiose cautum vel satisdatum est, non videtur cautum* (1).

Questi principii si trovano consecrati nel § 458 del Codice civile austriaco. « Se il valore del pegno o per colpa di chi lo ha costituito, o per un difetto della cosa manifestatosi posteriormente non si trova più sufficiente per garantire il credito, ha diritto il creditore di esigere dal medesimo un altro proporzionato pegno. » Nè dissimile in sostanza è l'articolo 2131 del Codice civile francese espresso nei seguenti termini: « parimenti nel caso in cui l'immobile o gli immobili presenti assoggettati all'ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi potrà o chiedere al momento il suo rimborso, od ottenere un supplimento all'ipoteca » (2).

Ma per istabilire che questa impreveduta o posteriore diminuzione del valore ipotecato dia causa alla pretesa del supplemento di garanzia, bisogna porre attenzione al modo diverso col quale l'insufficiente ipoteca fu costituita. Imperocchè se fosse nata da convenzione, non in tutti i casi questo supplemento si concederebbe. Il che sarà manifesto discorrendo sui varii generi di casi nei quali questo supplemento può desiderarsi.

**2.** Se il valore del pegno fu diminuito *per colpa di chi lo ha costituito,* dice il § 458, ha diritto il creditore al supplemento. Qui la legge non distingue, e neppur noi distingueremo caso da caso. La colpa del costituente non deve nuocere ad altri. Il creditore deve avere una sicurezza specialmente contro gli arbitrii del suo debitore. Quand'anche avesse

(1) Paolo in leg. 6. Dig. *qui satisdare cog.* Nippel al § 450, num. 1. lett. B. C. vede un titolo legale di cauzione in questo §.

(2) A questo articolo corrispondono gli art. 2017 Cod. siciliano, art. 2184 Codice parmense, art. 2191 Codice albertino, art. 2184 Cod. estense, art. 1155 Cod. ticinese, art. 129 Regol. ipot. di Romagna, art. 74 Regol. ipot. di Toscana, Chiesi, *sist. ipot.* num. 768-775.

avuto l'ipoteca per convenzione, la fede dei contratti importa che i contraenti cogli obbliqui raggiri non li paralizzino.

Però si può diminuire il valore del fondo in più modi: e non tutte le diminuzioni possono giustificare la domanda del supplemento. Avvegnachè la raccolta dei frutti annui, il taglio periodico e proporzionato delle piante d'alto fusto, non sarebbero fatti che potessero qualificare la diminuzione di cui diciamo (1). Ma se il debitore estirpasse delle piantagioni, o tagliasse boschi in contravvenzione ai regolamenti boschivi, diminuirebbe la sostanza del fondo (2); quindi darebbe un'attendibile cagione di querela al creditore.

Anche i terzi possessori possono volontariamente rovinare gli edificii o l'agricoltura in modo che danneggino la sicurezza dei creditori ipotecarii. Il § 458 del nostro Codice civile non parla che dei danni cagionati *per la colpa del costituente, o per un difetto nella cosa manifestatosi posteriormente*. Quest'ultima proposizione è abbastanza generale per comprendere anche questo caso. Tutti quei danni che può cagionare successivamente il terzo possessore sono *difetti della cosa che si manifestano posteriormente*. Provati che siano questi danni: e provato che in causa di questi sia diminuita la garanzia ipotecaria, nascerebbe l'azione pel supplemento.

Però quest'azione non si potrà promuovere che contro il debitore o colui che si obbligò a dare la garanzia ipotecaria. In quanto sia tenuto il possessore delle deteriorazioni volontarie, parleremo nel successivo § LXV.

**3.** Ma che si dirà delle deteriorazioni avvenute nel fondo ipotecato per cause fisiche, imprevedute e per caso fortuito? Ellinger (3) opina che i deterioramenti accidentali e il deperimento avvenuto per caso fortuito non dieno diritto di pretendere un altro pegno, e che il difetto, per cui si accorda tale diritto, debba essere esistito anteriormente alla costituzione del pegno. Si appoggia egli all'autorità del § 467 del Codice civile che conclude nulla; perocchè ivi si stabilisce che, se la cosa impegnata perisce, si estingue il diritto di pegno, come mancante di materia. Ma gli è appunto perchè ciò avviene, che il § 458 accorda il supplemento. Questa legge dice che il difetto della cosa deve apparire posteriormente, e non dice che debba nascere posteriormente; ma dice questo a modo di disposizione generale che comprendesse e il caso d'un difetto che fosse nato anteriormente, ma non fosse stato conosciuto che dopo la costituzione del pegno, e il caso d'un difetto nato dopo, e che parimenti apparve dopo che fu costituito il pegno. A noi basta adunque che quel

(1) Mattei, al § 296, n. 10. Cod. civ. aust.

(2) Winiwarter, *Diritto civ. aust.* tom. 2. § 147.

(3) Al § 458, Cod. civ. aust.

qualunque difetto o diminuzione di valore del fondo ipotecato fosse stato conosciuto alcun tempo dopo la costituzione dell'ipoteca; chè non distingueremo, come la legge non distingue punto, se questo difetto fosse avvenuto per una causa anteriore o posteriore. Quindi se un fondo si fosse insterilito, o una casa fosse stata rovinata da una frana, da un'alluvione, da un incendio o da altre cause fisiche sconosciute dapprima, il creditore che pensavasi possedere una sicura guarentigia, ha pure diritto di provvedere in qualche modo agli effetti di questi eventi straordinarii che disturbarono le sue previdenze.

E tale è pure la disposizione dell'articolo 2131 del Codice Napoleone che abbiamo superiormente citato; nè diversa è la conclusione che ne conducono Degli Sforza (1) e l'avv. Mattei (2).

Non solo le posteriori deteriorazioni cagionate dalla colpa del proprietario, ma bensì anche quelle diminuzioni di valore manifestate posteriormente nella proprietà ipotecata, sebbene avessero una causa remota e precedente all'origine dell'ipoteca diminuita, attribuiscono il diritto del supplemento all'ipoteca. Tale diminuzione sarebbe cagionata p. es. se si fosse scoperto che il proprietario non avesse avuto il diritto esclusivo di proprietà, ma una quota soltanto (3): o ne fosse privo dell'uso o dell'usufrutto, o fosse soggetto a condizioni risolutive, a caducità livellarie, a sostituzioni: se si fosse rinvenuta una ipoteca inscritta sullo stesso fondo (4) a carico di un precedente proprietario che non si potè conoscere dapprima; contingenze queste che possono occorrere sovente nella pratica, per la mancanza di pubblicità in riguardo ai dominii, e ai diritti reali che non sieno creditorj.

Se per alcuno di questi casi il valore del dominio appartenente al debitore, computati i pesi preesistenti, non si trova più sufficiente a guarentire il credito, ha luogo il diritto al supplemento, per la generale dizione del § 458 del Codice civile: *o per un difetto della cosa manifestatosi posteriormente*. Essendochè la cosa può far difetto al creditore non per altro riguardo che pel suo valore: e il valore può diminuirsi non solo per una diminuzione materiale della cosa stessa, ma eziandio per una diminuzione ideale del dominio o per le sue limitazioni.

La legge vuole che questo difetto si sia manifestato posteriormente: se fosse stato conosciuto dapprima, non concederebbe il rimedio del supplemento, o per lo meno non si potria dire che la cosa nell'intendimento del creditore fosse sufficiente in origine a tutelare il suo credito come vedremo or ora. Nè si vorrà opporre, come si potrebbe colle parole del decreto 20 dicembre 1809 della Corte d'Appello di Bruxelles, che il creditore potendo conoscere le precedenti ipoteche debba imputare a sè stesso se non le conobbe, e resti escluso dal chiedere il supplemento (5). Imperocchè

(1) Degli Sforza *il diritto di pegno*, cap. 9, § 33.

(2) Mattei al § 458, n. 2. Cod. civ. aust.

(3) Mattei, al § 458, n. 4. Cod. aust.

(4) Mattei, al § 458, n. 5.

(5) Sirey, *Iurispr.* tom. 10. par. 2. pag 209

la pubblicità ipotecaria, come stabiliremo nel § XLVIII, è obbligatoria soltanto nell'interesse dei terzi o possessori o creditori, e non già nei rapporti del creditore col debitore. Se il creditore non conobbe le anteriori ipoteche, e se il debitore non può riconvincerlo del contrario, egli che dovea meglio di lui conoscerle, dovea avvertirnelo, e se non l'avvertì, corre il probabile rischio d'essere tacciato di malafede.

**4.** Il Codice civile francese, dopo avere abolite le ipoteche generali per convenzione, statuisce nell'articolo 2130: « nondimeno se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito, può egli, esprimendo tale insufficienza, acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà in avvenire resti ipotecato a misura de' suoi acquisti » (1). Questo articolo fu sottacciuto nei Codici di Parma e di Modena, perchè ammisero che l'ipoteca per convenzione potesse essere generale (2): fu soppresso nel Codice sardo, perchè non volle permettere che le ipoteche convenzionali s'estendessero ai beni futuri. E con tutta ragione. Imperocchè ben aveano avvertito e Grenier con dire che quell'articolo arrecava una grave modificazione alle regole e alle forme della specialità (3), e Troplong che nello stesso riguardo lo disse una eccezione (4); e il signor Chiesi conchiudeva che il sistema delle eccezioni è il più delle volte cattivo, e molto più quando trattasi di derogare ad una regola generale stabilita per interesse pubblico (5). Che quell'articolo poi apra un facile adito all'ipoteca generale è provato da ciò che i francesi giureconsulti disputano se questa ipoteca suppletoria valga dal giorno dell'inscrizione della prima, o dal giorno in cui pervengono al debitore i nuovi acquisti, ovvero dal giorno della apposita inscrizione. Opina è vero colla prima conclusione il solo Favard de Langlade (6), e stanno colla terza e più vera opinione Persil (7) Grenier (8) Troplong (9), Chiesi (10), e il regolamento ipotecario di Toscana che nell'art. 73 conformemente dispose.

Nella legge austriaca vigente, cotanto aliena dalle ipoteche generali, non può tollerarsi nemmeno il sospetto che un'iscrizione d'oggi valga per gli acquisti futuri. L'articolo 2130 del Codice francese non varrebbe nemmeno in questo di permettere al debitore di accordare un valido titolo ipotecario sopra un bene che non gli appartiene, che non prevede fors'anco se gli perverrà, e che non può quindi anticipatamente designare, descrivere e specializzare: come è richiesto nell'art. 2129 dello stesso Codice francese, e come diremo nel seguente nostro § XVIII.

(1) A quest'articolo corrispondono gli art. 2016 del Codice napoletano, art. 127 del Regolam. legislat. gregorian. art. 73. del motupr. toscano.

(2) Chiesi. *sist. ipot.* num. 763.

(3) Grenier, *hypoth.* n. 62.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 557.

(5) Chiesi, *sist. ipot.* num. 760.

(6) Favard de Langlade, *Repertoire.* tom. 2. pag. 738.

(7) Persil, *Rég. hyp.* art. 2130. n. 5.

(8) Grenier, *hyp.* n. 62 e 193.

(9) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 540.

(10) Chiesi, *sist. ipot.* num. 758.

Riterremo soltanto di quell'articolo la limitata proposizione: « se l'ipoteca costituita per contratto era già manifestamente insufficiente a cautelare il credito, non può il creditore pretendere un supplemento, se prima non si è riservato in proposito una facoltà espressa. » È questo un corollario dello stesso § 458 del Codice civile austriaco; imperciocchè ivi e si niega il diritto al supplemento quando la insufficienza si fosse manifestata anteriormente all'ipoteca primitiva, e non si esclude nelle parti interessate la facoltà di riservarsi e concedere di dare altre ipoteche sopra beni che pervenissero poscia al debitore. Chè anzi quel primo divieto fu stabilito dalla legge austriaca per il rispetto dovuto alle particolari contrattazioni: le quali ella temerebbe di offendere se concedesse un supplemento ad un'ipoteca che fin dal principio suo fu insufficiente, ma che era voluta dai contraenti (1). Se il creditore interpose fin d'allora una riserva, resta sceverato il dubbio che egli si sia accontentato d'una difettosa guarentigia; ma se non vi appose alcuna clausola, se egli tacque, la legge s'astiene parimente, e non stabilisce alcun provvedimento, quando gli interessati se lo avrieno potuto agevolmente procurare.

Questo rispetto della legge al fatto delle particolari convenzioni, questa sua discretezza in tutto ciò in che la libertà e l'interesse dei privati può bastare alla sicurezza propria, costituisce un terzo principio che ha l'ufficio di limitare la deduzione de' due postulati imprestati al superiore § VIII: ed è da riporsi nel novero dei principj metodici d'ogni legislazione; posciachè il legislatore non ha più alcuna missione e iniziativa d'attività, ove quella dei particolari è sufficiente al bisogno.

Quello che qui si dice vale soltanto per riguardo all'ipoteca convenzionale, non in riguardo alle ipoteche concesse per un titolo legale o giudiziale. Imperocchè il § 458 del Codice civile sembra alludere soltanto al pegno convenzionale per le parole: *o per colpa di chi lo ha costituito.* D'altronde tra l'una e le altre specie ci ha questa ragione differenziale. Quando il creditore ottiene un titolo convenzionale si suppone che tutta la sua sicurezza reale si sia assestata amichevolmente tralle parti. Se egli addomanda un'altra cauzione fa nascere il sospetto che ciò non faccia per malizia, per importunare e diffamare il suo debitore. Se si è accontentato d'una debole garanzia *imputet sibi;* egli avea un modo facile di premunirsi colla riserva d'una garanzia migliore. Ma nell'impetrare l'ipoteca dal giudice, che egli dappoi trova insufficiente, la riserva è implicita, perocchè il giudice non si limita che quando gli sembra conveniente la concessa garanzia. La sua provvidenza, diremo così, è inesausta sino alla totale assicurazione.

**5.** L'insufficienza posteriormente manifestata nell'ipoteca convenzionale da quali termini dovrà misurarsi? Risponde Ellinger che la si debba

(1) Mattei, al § 458, n. 3. Cod. aust.

computare col criterio esibito dal § 1374 del Codice civile (1); cioè se si tratta d'un fondo, ritenendolo idoneo per due terzi del suo valore: se di una casa, ritenendola idonea per la metà, dedotti dal complessivo valore i pesi preesistenti (2). Non basterà però al creditore di asserire semplicemente codesta insufficienza, ma deve provarla col mezzo di giudiziale perizia: a meno che lo stato della cosa deperita fosse evidente (3); dal che si deduce che non si potria chiedere il supplemento in via di prenotazione, cioè *ex primo decreto*, ma con regolare petizione. Questa è pure l'opinione del sullodato Ellinger (4) e di Basevi (5). L'Amati riferisce la decisione 21 luglio 1835 del Senato lombardo veneto, il quale avrebbe ritenuta la massima: che allorquando per garanzia di un credito avvi un'ipoteca convenzionale, non può domandarsi a cauzione dello stesso credito una prenotazione sugli immobili del debitore, sotto pretesto che la detta ipoteca convenzionale non sia sufficiente: ma l'insufficienza, *ove sussista in fatto*, non deve essere soltanto indicata, ma legalmente provata (6). Eppure lo stesso Senato con decreto 4 marzo 1852, riferito dalla Gazzetta dei Tribunali (7), confermò un decreto del Tribunale civile di prima istanza di Milano, che accordò un'ipoteca di supplemento mediante prenotazione all'amministrazione del Conservatorio delle zitelle di Como, creditrice di un mutuo ipotecato con tutte le guarentigie solite a praticarsi dalle autorità pupillari, senza che l'amministrazione richiedente indicasse nemmeno che la ipoteca convenzionale fosse divenuta insufficiente (8): motivando il Tribunale il suo giudizio con dire, che questo non occorre, perchè il creditore è giudice della sufficienza del proprio pegno. Ma l'Appello sebbene inutilmente, giustamente però osservava che il creditore non avea nemmeno indicata questa insufficienza, che la legge del § 458 del Codice civile accorda bensì il supplemento nel caso che l'ipoteca non fosse sufficiente cauzione. E si poteva soggiungere, che la legge distingue ancora l'insufficienza originaria da quella manifestatasi posteriormente: la ipoteca insufficiente in origine ma costituita per contratto senza riserva alcuna non dare diritto a supplemento, perchè il contratto nel corso delle private utilità è prevalente alla legge che dispone in difetto del medesimo. Argomentavasi il Tribunale di prima istanza da ciò che la legge particolare delle prenotazioni non ne proibisce la concessione nel caso d'una ipoteca insufficiente: ma si domandava appunto di provare questa insufficienza; che agevole riesciva, per togliere l'adito ad una futura prenotazione di convenirne il divieto senz'altro nell'istromento di mutuo: ma il § 458 in massima, egualmente che la legge, delle pre-

(1) Vedi nostro § X, Ellinger, al § 458, Cod. civ. aust.

(2) §§ 230, 1374, Cod. civ. aust.

(3) Così opinano anche Grenier, *hyp.* n. 61. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 341. 924.

(4) loco citato.

(5) Annotaz. al § 458, Cod. civ.

(6) Manuale del Reg. Giudiz. § 384, in fine.

(7) Gazzetta de'Trib. di Milano, 1852, n. 27.

(8) Circostanze rilevate dai motivi della sentenza riformatrice dell'Appello lombardo.

nolazioni, rispettano il contratto, tanto proibisca quanto permetta le ulteriori ipoteche, e quando i contraenti s'accordano in una garanzia la legge o il giudice non vi si interpongono finchè i termini del contratto non vengono alterati. Allegava altresì il Tribunale, che il valore degli stabili, anche per la sola ragione del tempo dovea ritenersi deteriorato: ma è pur vero che la richiedente non provò questa allegazione; la quale in astratto non potea porsi, perchè non sempre gli stabili e gli edifizii deperiscono per la sola ragione del tempo, potendo essere restaurati. Soggiungeva che era fattibile al debitore di far ridurre la nuova ipoteca se eccessiva: ma questo non era il modo per giustificare una decisione, i cui effetti potessero essere in parte sanati da un posterior giudizio, con incommodi, incertezza di esito, e perdita di spese. Allegava in fine che *dubitandosi* che l'originaria ipoteca bastasse per gli interessi scaduti, fosse giusto di provvedervi: ma dubitavasi, non dimostravasi. E se gli interessi scaduti meritavano un supplemento d'ipoteca, questo rimedio non doveasi concedere anche per la somma capitale. Oltre il mio solito ho voluto qui noverare gli argomenti del giudicato di prima istanza per vedere se mai ci fosse stato qualche punto di quistione eterogenea che avesse suggerita la conferma del Senato: ma non rinvenendola sono costretto ad accusare la contraddizione tra le decisioni sue dell'anno 1835 e del 1832.

**6.** L'interesse del creditore ipotecario suggerisce quest'altra quistione. Nel caso d'una diminuzione posteriore cagionata nel valore del fondo ipotecato, se il debitore non volesse o non potesse prestarsi a dare un altro proporzionato pegno, diventerebbe tosto esigibile il debito?

Presso i francesi non si dubiterebbe punto dell'affermativa, la quale è sancita nell'articolo 2131 del Codice Napoleone: ove, nel caso che gli immobili assoggettati all'ipoteca perissero o deteriorassero in modo, che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, si concede a costui la facoltà *o di chiedere al momento il suo rimborso, o di ottenere un supplemento all'ipoteca* (1). Questa legge non è legge immediatamente per noi, perchè questa materia che trattiamo è dominata dal § 458 del vigente Codice civile. Quindi noi non dispuleremo se il creditore abbia la scelta di chiedere o il rimborso o il supplemento (2) (chè del resto ci sembra troppo ovvio che il rimborso non sia che un estremo rimedio dopo che il supplemento non è ottenuto dal creditore (3), come fu pur

(1) L'egual disposizione è arrecata dagli art. 2191 del Cod. piemontese, art. 2117 del Cod. napoletano. art. 2184 del Cod. parmigiano, art. 1155 del Cod. del Canton Ticino: art. 2184 del Cod. modenese, art. 129 del regolam. legislat. gregoriano, art. 74 del motupr. ipot. toscano.

(2) Come disputano i comentatori del sudd. art. 2131 del Codice napoleano. Chiesi *sist. ipot.* num. 763.

(3) Come stabili nettamente l'avv. Mattei, al Cod. civ. aust. § 471, append. 1. articolo 2131, n. 3.

stabilito nell'articolo 2181 del Codice albertino e nell'articolo 2184 del Codice modenese).

Il succitato § 458 non parla di questa ulteriore provvidenza: e la giurisprudenza nostra è molto incerta nel giudizii; poichè Ellinger opina che per ciò solo che il debitore non possa dare il supplemento di garanzia, non ci ha ancora un motivo fondato in legge per domandare che sia sciolto il rapporto giuridico che esiste tra il creditore e il debitore: essendo questo rapporto affatto distinto dall'altro della garanzia (1). Nippel al contrario assentirebbe alla pretesa del creditore di esigere il pagamento in mancanza di questo supplemento, anche prima della scadenza del debito (2).

Noi crediamo di poter sciegliere una via di mezzo, ponendo mente a questa doppia distinzione: o la diminuzione del valore ipotecato seguì pel fatto più o meno diretto del debitore, o per caso fortuito ossia per fatto altrui: e nel primo caso o l'ipoteca divenuta insufficiente era stata costituita insieme col debito in un atto individuo, o in un atto separato. Noi staremo colla conclusione di Nippel quando il creditore provi questi tre estremi. Dapprima che egli abbia diritto al supplemento di garanzia, e il debitore vi si sia rifiutato. In secondo luogo che la diminuzione del valore dell'ipoteca sia imputabile al debitore. E da ultimo che l'ipoteca avesse una medesima causa contrattuale dalla quale dipendesse il debito, o almeno il diritto nel debitore alla lontana scadenza. Allora in virtù del principio generale professato nei §§ 916, 1052 del Codice civile il debitore non potrebbe mantenersi nel diritto contrattuale della lontana scadenza, perchè dal canto suo ha trasgredito il contratto stesso in ciò che riguarda il diritto del creditore a mantenersi nella concessa garanzia ipotecaria. Il creditore replicherebbe: se tu debitore vuoi essere favorito della lontana scadenza in virtù del contratto, incomincia pur tu a rispettarlo: *quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* (3). Tu pretendi da me l'osservanza del contratto, pretendi che io aspetti ad esigere il mio danaro al tempo della scadenza; ma se tu vuoi che io sia fedele osservatore del contratto, comincia tu in prima ad osservarlo come si conviene. Ma tu l'hai violato. Tu mi avevi concesso un'ipoteca, una garanzia, e l'hai manomessa; hai violato uno de' più importanti diritti che avea ottenuto in quel contratto.

Se le deteriorazioni non fossero imputabili al debitore, ovvero se l'ipoteca e la scadenza del debito non avessero una identica causa contrattuale, allora adotteremo l'opinione di Ellinger.

(1) Ellinger, man. del Dir. civ. aust. § 458.
(2) Nippel, comento al § 458, n. 3. Codice civ. aust.
(3) Rubrica del tit. 2 del lib. 2, de'Digesti.

## § XVII.

Nel titolo d'ipoteca si deve determinare la somma per cui fu stabilita l'ipoteca stessa. Però se il credito è condizionale relativamente alla sua esistenza, o indeterminato nel suo valore, il creditore non potrà chiedere la iscrizione, della quale si parlerà in appresso, che sino alla concorrenza di un valore, giusta la stima che egli espressamente dichiarerà, e che il debitore avrà ragione di far ridurre, se vi sarà luogo.

*Arg. dall' art.* 2132 2163 e 2164, *del Codice civ. francese.*

**SOMMARIO.**

1. Delle forme intrinseche ed estrinseche del diritto ipotecario.
2. Della specialità e dimostrazione del credito.
3. Critica del §. Non è necessario che sia specializzato il credito nel titolo, ma nell'iscrizione: come è prescritto nei codici parmense e modenese.

1. Noi avressimo oggimai discorsa tutta la materia che costituisce la natura intrinseca dell'ipoteca; avvegnachè abbiamo esaminato e le dottrine dell'obbligazione principale, e quelle dei diversi titoli pei quali l'ipoteca si attribuisce, e quelle della proprietà su cui viene l'ipoteca stessa a costituirsi: dimodochè non avressimo che a passare alla trattazione delle forme, che coll'iscrizione e colla prenotazione danno al diritto reale la necessaria dimostrazione esteriore, e che sono appunto l'argomento dei seguenti due Capitoli.

Ma siccome, qualunque siasi il titolo attributivo dell'ipoteca, fa bisogno che sia fatto manifesto alle persone che sono incaricate dell'iscrizione ne' libri pubblici: epperciò è necessario che sia rivestito d'una forma conveniente e contenga tutti gli elementi necessarj alla iscrizione (1). Qualunque iscrizione ipotecaria deve indicare un determinato credito e un determinato fondo, che viene ipotecato alla sicurezza di quello: e qualunque ipoteca deve essere costituita in un modo omogeneo e regolare, dimodoche sia facile appreziarne il valore, e le sue conseguenze giuridiche non s'intralcino soverchiamente nel labirinto delle contrattazioni e delle

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 545.

procedure. Laonde il titolo dell'ipoteca deve avere e delle forme intrinseche, contenere cioè la determinazione del credito (1), e la determinazione del fondo (2): deve essere spoglio di quei patti e condizioni accessorie che nuocciano alla volgare nozione dell'ipoteca (3): deve avere una forma estrinseca che guarentisca la verità del contenuto (4).

In questo § parliamo della determinazione del credito.

**2.** Quando i legislatori si proposero di provvedere alla dimostrazione pubblica de' vincoli ipotecarj doveano tosto accorgersi che una tale pubblicità avrebbe potuto riescire molesta e perniciosa al credito de' proprietarj, se avessero voluto conservare le antiche ipoteche indeterminate nella somma del debito, e generali su tutta la di loro sostanza fondiaria. Inscritto il diritto creditorio sui beni del debitore senza specializzarne il valore, sarebbe rimasto come una perpetua minaccia, avrebbe nella stessa sua oscurità coperto tutto il patrimonio dell'obbligato, e incusso un invincibile timore in tutti quelli, ai quali il debitore avesse chiesto nuove sovvenzioni. Indi sarebbe accaduto che la proprietà fondiaria capace di prestar servigi di un credito pressochè eguale al suo valore, avria potuto soppcrire alle frequenti necessità appena per una volta sola, e talvolta per una insignificante particella del suo valore.

L'interesse adunque del debitore e del proprietario suggerì, che accanto alla pubblicità delle ipoteche, si bandisse il principio della specializzazione di esse: e questa si procacciasse mediante la speciale determinazione del credito. Questa è la materia del presente § ricavato dall'articolo 2132 del Codice Napoleone, che è concepito in queste formule: « non è valida l'ipoteca convenzionale se non in quanto la somma per cui fu convenuta, sia certa e determinata dall'atto; se il credito risultante dall'obbligazione è condizionale relativamente alla sua esistenza o indeterminato pel suo valore, il creditore non potrà chiedere l'inscrizione della quale si parlerà in appresso, che sino alla concorrenza di un valore, giusta la stima che egli espressamente dichiarerà, e che il debitore avrà ragione di far ridurre, se vi sarà luogo ». A questo articolo corrisponde esattamente l'articolo 2193 del Codice Albertino, l'articolo 2018 del Codice delle due Sicilie, l'articolo 143 del regolamento pontificio, l'articolo 79 del motuproprio toscano.

Il credito deve essere descritto colla somma del suo valore; perchè, come dice Nippel, la persona investita del diritto di pegno mira appunto ad ottenere il proprio soddisfacimento sul valore, che si avrebbe a ricavare dall'alienazione della cosa pignorata (5). Il valore deve essere determinato colla misura monetaria, che è la misura volgare dei valori economici.

(1) Materia del presente §.
(2) Materia del seguente § XVIII.
(3) Materia dei §§ XIX e XX.
(4) § XXI.
(5) Nippel, al § 457 n. 3 cod. civ. aust.

Questa valutazione, stando alla lettera della prima proposizione del suddetto art. 2132 del Codice civile francese, dovrebbe essere fatta nell'atto costitutivo del titolo: non in un altro documento al quale le parti si riferissero. Non basterebbe nemmeno che la somma del credito apparisse da un suo titolo speciale, e non nel documento che è il titolo dell'ipoteca: perchè il conservatore potrebbe rifiutare questo titolo come mancante d'un requisito essenziale.

Se il credito riducibile a danaro non fosse punto ridotto in tal guisa, perchè condizionale nella sua esistenza, o indeterminabile per sua natura, il creditore deve stimarne approssimativamente il valore. Ma questa valutazione, che deve essere espressa, dovrà farsi nel titolo attributivo dell'ipoteca, o potrà farsi ancor dopo nelle note che si presentano per l'iscrizione? Pare che possa farlo anche posteriormente, perchè la seconda proposizione del suddetto art. 2132 dicendo che il debitore avrà il diritto di chiederne la riduzione se eccessiva, fa supporre che tale valutazione fosse stata fatta alloraquando il debitore non avea nè diritto nè possibilità di opporsi, cioè dopo la convenzione e la concessione del titolo ipotecario.

Il creditore, dice Troplong, può liquidare il suo credito indeterminato anche con iscrittura privata, (il che avverrebbe nel caso di un conto di somministrazioni, di preventivi d'opere locate ecc.), perchè la legge non esige un atto autentico (v. seg. § XXI) che per l'atto costitutivo dell'ipoteca (1).

Praticando questa liquidazione del suo diritto, deve il creditore porre attenzione a ciò che l'ipoteca non essendo operativa contro i terzi che per la somma espressa nell'iscrizione, non abbia a trovarsi creditore di una somma maggiore che resterebbe scoperta dall'ipoteca (2).

Quanto al diritto che questa legge riserva al debitore di far ridurre la valutazione e l'inscrizione eccessiva, gli articoli 2163 e 2164 dello stesso Codice civ. francese dispongono così come segue: « Possono altresì come eccessive ridursi le inscrizioni fatte a seconda della valutazione data dal creditore ai crediti i quali, per quanto riguarda l'ipoteca da stabilirsi per la loro sicurezza, non sono stati determinati da alcuna convenzione, e sono di loro natura condizionali, eventuali o indeterminati. L'eccesso in questo caso è rimesso all'arbitrio del giudice, il quale, a norma delle circostanze, delle probabilità di evento e delle presunzioni di fatto, procura di conciliare le ragioni verosimili del creditore coi riguardi di conservare libera al debitore una sostanza proporzionata; senza pregiudizio delle nuove inscrizioni con ipoteca eseguibili dal giorno della loro data, quando l'evento avrà fatto ascendere il credito indeterminato ad una somma maggiore ».

(1) Troplong, *Des priv. et hyp.* n. 549.

(2) Grenier, *hypoteques.* n. 28. e Troplong ibid. n. 550. Mattei, n. 2. art. 2132, append. 1. al § 471. Cod. civ. aust.

**3.** Se questo articolo 2132 del Codice civile francese è vigente nel nostro sistema ipotecario, non è tuttavia d'un'autorità effettiva e pratica da meritare l'onore d'una formula distinta. Poichè se è necessario che il credito ipotecario sia specializzato nel suo quantitativo, non è affatto necessario che ciò si faccia nel titolo ipotecario, anzichè nell'iscrizione stessa. Nell'iscrizione deve apparire a quanta somma di valore s'estende l'ipoteca. Per l'iscrizione ci vuole un titolo ipotecario: questo titolo deve riferirsi indubbiamente ad un diritto creditorio; ma un diritto creditorio sta e vale giuridicamente comunque indeterminato: sta dunque anche il titolo ipotecario. Per l'iscrizione soltanto provveda il creditore a specializzare il suo credito nell'interesse della specialità ipotecaria.

E a questo modo provvidero i legislatori di Parma e di Modena: poichè ne' rispettivi Codici non adottarono questo articolo 2132, ma semplicemente stabilirono, il parmense nell'articolo 2193, il modenese nell'articolo 2198, che le cartelle da presentarsi all'ufficio delle ipoteche debbano contenere l'indicazione dell'importo dei crediti capitali espressi nel documento, o valutati da chi fa la notificazione rispetto alle rendite e prestazioni, o ai diritti eventuali, condizionali o indeterminati (1).

La legge francese oltrechè stabilì inutilmente che l'ipoteca convenzionale non sii valida se non in quanto la somma per la quale fu acconsentita è certa e determinata nel suo titolo: aggiunge l'altra limitazione chè è affatto contraddittoria. Perchè se il credito non si trovasse determinato nel suo titolo e non fosse stato determinato nel titolo ipotecario, l'ipoteca convenzionale vale egualmente, purchè la specializzazione del credito si faccia dal creditore all'atto dell'inscrizione. Vedesi adunque che, salva la materiale apparenza, quell'articolo viene in fin di fine a risolversi in questo solo: che il titolo ipotecario, nel caso che sia distinto dal titolo creditorio, deve riprodurre non solo l'indicazione di questo titolo creditorio, e determinarne la quantità se ivi è determinata: se indeterminata, determinarla possibilmente nel titolo ipotecario: se non si vuole o non si può determinarlo, basta che il creditore la determini all'atto dell'inscrizione.

(1) Chiesi, *sist. ipot.* num 777.

## § XVIII.

Non è titolo valido all'ipoteca quello che non dichiara specialmente la qualità e la situazione, e in genere ogni dato per cui non possa nascere dubbio sull'identità di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti a colui, contro del quale viene costituita l'ipoteca.

*Argom. dagli art.* 2129 *e* 2148. *n.* 5. *Codice civ. francese, dai* §§ 448, 434 *e* 435 *Codice civ. austr. dall'art.* 12 *della sovrana Patente* 19 *giugno* 1826, *e dal* § 4 *del Regolam. sulle prenotazioni* 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. Quale sia la ragione del §. Anche consenziente il debitore non si può non specificare nel titolo il fondo da ipotecarsi.
2. La prescrizione dell'art. 2129 del Codice civ. francese non è un corollario della pubblicità del reggime ipotecario francese e nostro.
3. La prescrizione di quell'articolo sarebbe piuttosto un' illazione dalla pubblicità del sistema tavolare.
4. La prescrizione del § è conseguenza della nozione stessa dell'ipoteca e d'ogni diritto reale scompagnato dal possesso.
5. Quali siano le indicazioni sufficienti a specializzare il fondo.

**1.** Il titolo ipotecario, sia che provenga da convenzione, sia che provenga indirettamente dalla legge e direttamente dal ministero del giudice, deve contenere tutte le indicazioni che sono necessarie alla compiutezza della formula che dovrà apparire nei pubblici registri. Dicemmo della specializzazione del credito: ora parliamo della determinazione del fondo da ipotecarsi.

L'articolo 2129 del Codice civile francese ci somministra la materia del nostro § con questo suo aforismo: « non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella la quale, o nell'atto costitutivo del credito, o in un atto autentico posteriore (1), dichiara specialmente la natura e la situazione di ciascuno degli immobili attualmente appartenenti al debitore, i quali egli assoggetta all'ipoteca per il credito. Ciascuno de' suoi beni

(1) Si avverta qui, anche per molte altre occasioni, che i francesi non distinguono quasi mai il titolo ipotecario con un nome suo proprio, ma o lo dicono ipoteca, o tutto al più, come qui, lo distinguono col nome generico di *atto* o di *atto autentico*.

presenti può essere nominatamente sottomesso all'ipoteca. I beni futuri non possono essere ipotecati » (1).

La specialità ipotecaria interessa in sommo grado al debitore per quella legge fondamentale, cui più volte accennammo: che non si debba cioè vincolare una parte di proprietà maggiore di quella che abbisogni ad assicurare le parziali operazioni di credito. Troppo gravi sarebbero i danni e gli incommodi del debitore, se per una piccola somma si dovessero o si potessero ipotecare i molti suoi tenimenti.

Imaginiamo tuttavia che il debitore acconsentisse che tutti i beni attualmente da lui posseduti fossero vincolati anche per un tenuissimo debito. Egli il potrebbe, come arbitro assoluto delle cose sue (2). Però egli dovrebbe per questa legge designare uno ad uno i suoi tenimenti, farli menzionare nel titolo e nella consecutiva inscrizione. Ma perchè mai questa specializzazione è richiesta e nel titolo e nell'iscrizione? Epperchè si richiede che si faccia nel titolo, o come dice l'articolo 2129 in un atto autentico?

Nel § precedente vedemmo come pure fosse di grandissimo momento la specialità ipotecaria per rispetto alla determinazione dell'importo del credito. Eppure vedemmo come la legge tollerasse che la determinazione della somma precisa di questo potesse farsi privatamente dal creditore, o solamente nelle note che egli presenta per la inscrizione. Perchè dunque non si dovrà permettere che, data la permissione generale del debitore ad ipotecare qualunque bene, non potess'egli egualmente sciegliere alcuno di essi e designarlo solamente all'atto dell'iscrizione? Ma la legge esplicitamente nol permette. Qual'è dunque la ragione differenziale e specifica? Qual'è la ragione dell'articolo 2129 del Codice francese, che sotto pena di nullità vuole che la specializzazione del fondo debba farsi in un atto autentico?

Nel cercare questa ragione noi dobbiamo altresì investigare il carattere imperativo di quell'articolo: ossia se questa specializzazione debba farsi precisamente nel titolo ipotecario: quali sieno le indicazioni volute per la sufficiente osservanza della legge.

**2.** Scrissero Grenier (3), Troplong (4) e Chiesi (5) che la pubblicità delle ipoteche traesse necessariamente a stabilire la specialità, per la quale si potessero facilmente riconoscere gli immobili ipotecati. E con poca coerenza vorrebbero i primi due, come vedremo in avanti, stremare di

(1) A quest'articolo corrispondono esattamente l'art. 2189 del Cod. albertino, l'art. 2015 del Cod. siciliano; e con qualche variante corrispondono l'art. 126 del regolam. legis. gregoriano, e gli art. 70 e 77 della leg. ipot. di Toscana.

(2) Chiesi, *sist. ipot.* num, 747.

(3) Grenier, discorso preliminare del trattato delle ipoteche, pag. 27. dell' ediz. di Bruxelles.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 513 e 515.

(5) Chiesi, *sist. ipot.* n. 750.

tanto la dispositiva dell'articolo 2129 del loro Codice, da credere e raccomandare che bastasse una vaga e generale designazione della proprietà del debitore, perchè questa specialità fosse soddisfatta. Anzi rampognano la loro legge, come quella la quale, prescrivendo l'indicazione de' fondi per dati speciali e caratteristici, fa sovente pullulare le occasioni di annullare le ipoteche, le cui inscrizioni sarebbero d'altronde superiori ad ogni contrario rimarco. (1)

Dal canto nostro non difenderemo la legge francese da questa esosa sua intolleranza; accuseremo pur noi i grandissimi pericoli e persino l'incoerenza della legge, la quale col castigare l'omissione di alcuna delle formalità prescritte pel titolo, contravviene allo scopo che si propose di tutelare le ipoteche quando fossero abbastanza pubbliche per sè stesse. Soggiungeremo anzi che ogni imperfezione che si potesse trovare nel titolo ipotecario potesse essere materia d'eccezioni in prò del debitore: come se, per esempio, egli impugnasse d'aver prestato il consenso, d'aver voluto concedere un'ipoteca o d'aver piuttosto voluto ipotecare l'un fondo che l'altro, soltanto una parte piuttosto che il tutto. Ma noi non difendiamo la tesi, che la specialità ipotecaria provenga dalla pubblicità. E tanto meno poi vorremo niegare o stremare le prescrizioni relative alla specialità col dire che non concludono per la pubblicità. L'opinione di quei giureconsulti è dunque incoerente, e per un certo senso, anche contraddittoria (2).

La specialità ipotecaria, se si vuole che sia preparata anche nel titolo, non è un corollario diretto della pubblicità, almeno di quella pubblicità che risulta dal reggime ipotecario de' francesi e nostro. Imperocchè nel modo con cui vengono sistemati i registri ipotecarj per le leggi francesi si viene a conoscere le ipoteche esistenti mediante un repertorio destinato esclusivamente ai nomi dei debitori proprietarj, non ai nomi o alle ditte dei fondi (3). Per tal modo chi vorrebbe conoscere la condizione ipotecaria d'un dato fondo deve cercare chi sia l'attual suo possessore, quali fossero stati gli anteriori. Col di loro nome viene a conoscere le ipoteche esistenti, e mediante questa indagine, può conoscere tutte le ipoteche che esistono sopra tutti i fondi che gli appartengono e che sieno situati nel circondario assegnato all'uffizio, presso cui si praticano quelle ricerche. La pubblicità adunque si ottiene indipendentemente dalla specialità delle affettazioni reali.

Nè la legge francese si mostrò tanto ligia di questa specialità; ma colle ipoteche giudiziali, che sono generali sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore, e sono pubbliche perchè devono essere inscritte (4), mostrò a chiare note come la pubblicità non importi l'inscrizione sopra i singoli

(1) Grenier, loc. citato. Troplong, *des priv. et hyp.* preface e num. 514.

(2) Chiesi, *sist. ipot.* num. 739.

(3) art. 87-99 del Regolamento 19 aprile 1806.

(4) Vedi il superiore § IX. num. 5.

fondi. Ed all'esempio delle ipoteche giudiziali si aggiunge pur quello dell'ipoteca legale in vantaggio della nazione, dei comuni e degli stabilimenti pubblici, la quale con una sola inscrizione si estende a tutti i beni presenti e futuri degli esattori ed amministratori obbligati a rendere conto della loro gestione (1).

Potressimo dunque inferire da ciò che la disposizione dell'articolo 2129 del Codice civile francese, siccome non si può giustificare colle esigenze della pubblicità, così non avesse alcuna ragione imperativa, almeno nell'ordine delle idee. Dovressimo quindi approvare quegli altri Codici i quali permettono che per convenzione si potesse costituire e inscrivere un'ipoteca generale sopra tutti i beni presentemente appartenenti al debitore, senza che ci sia bisogno di specializzare i singoli fondi, nè nel titolo ipotecario, nè nell'inscrizione: come fecero il Codice parmense nell'articolo 2183, il Codice del Canton Ticino nell'articolo 1154, il Codice estense nell'articolo 2183 (2); o per lo meno dovressimo conservare la specialità nell'inscrizione ipotecaria, e permettere al debitore di costituire un'ipoteca generale, salvo al creditore di designare i singoli fondi nelle note per l'inscrizione: come si è permesso nell'articolo 11 della legge ipotecaria promulgata in Baviera il 1 giugno 1822 (3). E con questo provvedimento si sariano armonizzate le due disposizioni, l'una che riguarda la specialità del credito, l'altra che riguarda la specialità dei fondi ipotecati. Il titolo ipotecario saria stato valido colla semplice menzione del titolo creditorio, e coll'obbligazione reale in genere.

Però prima di addivenire a questa conclusione negativa dobbiamo fare due ricerche: l'una se l'articolo 2129 del Codice francese non riceva per riflesso l'autorità positiva del Diritto civile austriaco; l'altra se la specialità fondiaria debba prepararsi nel titolo ipotecario per una qualche necessità intrinseca del Diritto ipotecario in genere.

**3.** Nel nostro Codice civile, come è notorio, tutto il sistema ipotecario è subordinato al sistema tavolare: epperciò le prescrizioni riguardanti il titolo ipotecario suppongono l'iscrizione tavolare, e sono comuni a quelle ordinate per gli altri titoli traslativi degli altri diritti reali, quali la proprietà, le servitù, l'eredità e i legati. Tale parificazione è portata dal § 445 dello stesso Codice. Il titolo idoneo a trasferire la proprietà è regolato nei §§ 434 e 435, ove si legge: « deve farsi sull'acquisto (della proprietà) un documento in iscritto.... In questo documento si debbono chiaramente esprimere le persone che trasferiscono ed accettano la proprietà: *la cosa da consegnarsi co' suoi confini*: il titolo dell'acquisto, il luogo e la data del conchiuso contratto: e nello stesso, o in altro separato documento devesi dall'alienante concedere l'abilitazione all'accettante di farsi inscrivere come proprietario. »

(1) Art. 2121, 2122, 2148, del Cod. Napol.
(2) Chiesi, *sist. ipot.* num. 750 e 754.
(3) Saint-Joseph, *concordance des Cod.* pag. 154. 185.

Anche nel sistema tavolare è necessario adunque che nel titolo attributivo dell'ipoteca sia fatta una designazione speciale del fondo da ipotecarsi. Ma la differenza tra il sistema tavolare e il reggime ipotecario francese e nostro è enorme. Imperocchè in quel sistema si può dire senza tema d'errore che la *specialità* dell'ipoteca è essenziale alla *pubblicità*; non così nel secondo sistema. Nel sistema austriaco non si può venire altrimenti alla cognizione dei pesi e dei diritti reali, se non cercando direttamente le tavole ove la cosa stessa è rappresentata come base e materia di ogni diritto reale: non si può chiedere una iscrizione per qualsivoglia titolo se non specificando il fondo nel di cui particolare registro si vuole annotare questo titolo: cercando il nome soltanto del proprietario, non si avria modo di conoscere i pesi della proprietà e i registri ove sono inscritti e ne rappresentano lo stato giuridico. Ma nel reggime francese basta di proferire il nome del proprietario, per sapere quali ipoteche abbia egli concesse: al nome suo, e non al *nome* della sua proprietà, quelle passività si inscrivono e si appalesano: al nome suo e non alla *specifica denominazione* del fondo s'imprimono e si rilevano le supposizioni creditorie (1).

Ma in quel modo che il sistema tavolare è il termine ultimo di perfezione d'ogni reggime ipotecario, così la specialità della designazione de' fondi è voluta dalle vigenti leggi austriache, se non altro come una lenta preparazione all'attivazione successiva di quel desiderato sistema. E non solo nelle nostre provincie, ma fino nello stesso Arciducato d'Austria, prima ancora che vi si attivassero le pubbliche tavole, col Rescritto aulico del 14 settembre 1749, le ipoteche generali erano state in prima limitate, indi abolite del tutto, come attesta Winiwarter (2). Con questo intendimento S. M. l'Imperatore Francesco I esordiva nella sovrana Patente 19 giugno 1826 (3) così come segue; « abbiamo riconosciuto che l'ulteriore sussistenza nel Regno lombardo-veneto delle ipoteche tacite legali, *delle ipoteche generali*, e generalmente di tutte quelle altre ipoteche anteriori all'attivazione del Codice civile austriaco che possono inscriversi a tempo indeterminato con effetto retroattivo a carico dei debitori o dei terzi possessori, *rende più difficili e meno sicure le contrattazioni, e diminuisce essenzialmente il credito privato*. All'effetto di togliere queste incertezze ed i mali che ne derivano, *e di regolare le predette ipoteche secondo lo spirito dell'attuale legislazione*, come pure per conservare in istato di evidenza i pubblici registri e procurare agli interessati il maggior grado possibile di sicurezza, abbiamo trovato necessario di ordinare:.... articolo 21. » Tutti i privilegi e tutte le ipoteche che alla scadenza del termine stabilito all'articolo 3 (entro il mese di di-

(1) Nippel, Comento al § 451, num. 5. Cod. civ. austr.

(2) Winiwarter *diritto civ.* tom. 2. § 140, sul § 452. Cod. civ. aust.

(3) Pubblicata colla notificazione 25 novembre 1826 del Governo lombardo.

cembre 1827) si troveranno ancora inscritte ovvero rinnovate in forma di privilegi ed ipoteche *generali*, di ogni origine ed epoca e di ogni specie.... dovranno essere ad istanza delle parti nuovamente inscritte *in forma d'ipoteca speciale* presso gli ufficii, nel circondario dei quali sono situati i diversi beni ipotecati, osservando in quanto alle note ciò che è prescritto negli articoli 7 e 12 della presente legge, ed indicando in essa la data della precedente inscrizione ed eventuale rinnovazione fatta in forma d'ipoteca generale, e l'ufficio presso cui furono fatte. « Articolo 12. « Le inscrizioni (ordinate di sopra dovranno essere eseguite).... in forma d'ipoteche *speciali*, mediante la precisa e corrispondente *indicazione della qualità e situazione* dei singoli beni ipotecati, *dei loro confini, dei numeri censuarii in quanto sia possibile, e generalmente di ogni dato, per cui non possa nascere dubbio sulla identità dei beni medesimi* » Articolo 22. « La nuova inscrizione in forma d'ipoteca speciale, ordinata nell'articolo precedente (21), dovrà essere fatta entro un nuovo termine successivo al primo, cioè entro tutto il mese di dicembre 1828. » Ma per la Notificazione governativa lombarda 28 dicembre 1828, questo termine fu prorogato a tutto il dicembre 1829. » Scaduto questo secondo termine senza che la detta inscrizione sia seguita, le ipoteche generali indicate nel precedente articolo cesseranno di avere effetto. « Articolo 23. » La suddetta nuova inscrizione potrà farsi anche dopo.... il termine stabilito nel precedente articolo, sino a che l'ipoteca non sia a termini di legge estinta; ma tale posteriore inscrizione non potrà avere altro effetto che quello indicato all'articolo 8: « Nel quale si legge: » sarà riguardato semplicemente per una prima inscrizione avente effetto soltanto dal giorno in cui sarà seguita, e soltanto a carico dei beni a tale epoca posseduti dal debitore. »

Questa legge distruggeva adunque la generalità delle ipoteche anteriori alla promulgazione del Codice civile austriaco. Dopo quest'epoca non poteasi trasferire alcuna ipoteca generale, perchè questa legge non la tollerava, e perchè le leggi anteriori, e specialmente la italica, furono solo conservate da noi per la Notificazione governativa 16 marzo 1816 per regolare i metodi dell'inscrizione ipotecaria; ma per la sussistenza e legittimità del titolo attributivo e costitutivo dell'ipoteca *e l'estensione* della medesima, quanto alle ipoteche posteriori a tutto il dicembre 1815, doveano essere determinate dalle leggi ora vigenti.

Tutte le ipoteche adunque, di qualunque natura che sieno, ossia non le sole convenzionali, ma quelle pure che sono date dalla legge e dal giudice, devono aver seco la designazione speciale del fondo aggravato. Tale è l'ultima risultanza delle leggi austriache vigenti: tra le quali non ometteremo di menzionare il § 4 del Regolamento sulle prenotazioni, che è legge vigente nel nostro reggime ipotecario (1), nel quale si prescrive che l'istanza per la prenotazione debba indicare la qualità e situazione

(1) Trasfuso nel seguente nostro § XXXIV.

dei beni immobili a carico dei quali si chiede la prenotazione, dei loro confini, dei numeri censuarj e generalmente d'ogni dato per cui non possa nascere dubbio sull'identità dei beni medesimi.

4. Constatato il carattere imperativo e pratico dell' articolo 2129 del Codice civile francese, veniamo a cercarne il carattere razionale. E di vero nelle leggi che comandano la specialità dell'ipoteca in riguardo agli immobili ci ha una ragione commune, più o meno manifesta e diretta: in quanto la specialità delle ipoteche vuol essere considerata siccome un *modo* della pubblicità vera di qualunque diritto reale cadente sopra una cosa immobile e scompagnato dalla naturale dimostrazione del possesso e dell' uso. Con questo però non intendiamo di rinvenire sulla critica da noi fatta ad una simile opinione di Grenier e di Troplong (1), imperocchè noi qui alludiamo ad un sistema di pubblicità vera, che può bene riscontrarsi nel sistema tavolare germanico, ma non mai nel reggime ipotecario francese. Noi parliamo in astratto, e non in concreto. Dato un vero sistema di pubblicità de'diritti reali, la specialità dell' ipoteca è un *modo* di essa e una conseguenza necessaria. Dato questo vero sistema nel sistema tavolare germanico, si ha pure lo stesso modo e la stessa conseguenza. Ma se si dà il reggime ipotecario francese, non si dà il nostro principio astratto, non abbiamo la pubblicità vera; e quindi non si può trarre, come fecero quegli scrittori, per conseguenza necessaria la disposizione dell' art. 2129 del loro Codice civile. Ora, questa che noi diciamo ipotesi astratta, se fu dai Francesi praticata assai imperfettamente: e nell' idea però e nel sentimento fu da essi conservata nella sua suggestione primitiva. La disposizione di quell' articolo fu piuttosto suggerita dal vago presentimento che aveano della necessaria pubblicità dei diritti reali, che non fosse una modalità necessaria del reggime da essi adottato: fu piuttostò una pietra portata sull' area d' un edifizio da costruirsi, la quale anzichè giovare alla conservazione dei diritti reali pei quali fu destinata, si oppone spesse fiate alla di loro azione, inutile ingombro all' attività economica, al commercio degli atti giuridici. Noi rispettiamo quella disposizione per due motivi. Prima, perchè non è dato al privato giureconsulto di rimuovere ciò che fu posto dalla legge. Secondariamente perchè, comunque nell' imperfezione del nostro sistema ipotecario quella legge sia occasione di gravi perdite, desidereremmo meglio la perfezione del sistema, che l' abolizione di quel principio, che può essere pietra angolare ove s'impianti il sistema della pubblicità vera.

Con questo si giustifica la *specialità* di tutte le ipoteche: ma non ancora si spiega come sia necessario che dessa sia fondata nello stesso titolo, anzichè solamente nella iscrizione.

Questa necessità si induce per analisi dalla stessa nozione dell' ipoteca

(1) Vedi num. 1, di questo §

considerata come diritto reale. Imperciocchè da qualunque autorità venga conceduto, non può costituirsi senza la designazione della cosa stessa sulla quale si impone. Nel che i diritti reali si differenziano dai personali, a costituire i quali basta talora il solo consenso; perchè l'immediato oggetto di essi è piuttosto la persona che la cosa. Ma nella valida concessione dei diritti reali non può bastare il solo consenso che obblighi il promettente, ma abbisogna che loro si assegni un oggetto determinato nella cosa stessa che deve formare il principale oggetto del diritto e dell'azione reale. Fin'anco nello stesso contratto di mutuo, di commodato, di deposito, che attribuiscono dei diritti personali, questa designazione e consegna dell'oggetto del contratto è richiesta, senza della quale non vi sarebbe un contratto; ma una promessa, un patto preliminare al contratto (1). Laonde gli antichi annoveravano nella classificazione de' contratti questi che si dicevano stipulati mediante la cosa: *obligatio re contrahitur*, dice Vinnio, *cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit* (2).

Il solo consenso senza la determinazione d'un oggetto non può costituire il contratto: e tanto più quando da questo contratto si vuol cagionare nell'accettante un diritto reale. Ei non sarebbe secondo la definizione d'Ulpiano, *duorum vel plurium in idem placitum consensus* (3), ove mancasse d'un oggetto: nè oggetto si potrebbe dire quello che non fosse determinato.

Quindi il titolo ipotecario, tanto che derivi dall'autorità del privato, sia che derivi dall'autorità giudiziale, deve contenere il consenso e l'oggetto del medesimo, senza del quale non si potrebbe dire di avere attribuito al creditore un diritto reale: cioè un diritto che s'eserciti direttamente sulla cosa senza riguardo alla persona che la possiede. L'oggetto dunque del titolo è l'assegno della cosa sulla quale si imponga e si eserciti quel diritto. Nel pegno di cosa mobile per perfezionare il contratto si richiede la tradizione della cosa stessa. Che anzi pel § 1368 del Cod. civ. non ci ha contratto di pegno se in esso il debitore non conceda *realmente* il diritto di pegno sopra di una cosa. Il patto di dare il pegno non costituisce ancora il contratto di pegno.

Gli antichi annoveravano parimenti il pegno fra i contratti che si compiono colla cosa, e pei quali non basta il nudo consenso (4). Se non che invalse nella pratica di dispensare il contratto di pegno dalla tradizione dapprima (donde l'ipoteca), e poscia dalla designazione speciale della cosa

(1) Quanto al deposito, § 957, Codice civ. aust. L'art. 1915 Cod. Nap. lo chiama un *atto* cui si riceve la cosa altrui. Così l'art. 1949, Cod. albertino. Quanto al commodato, § 971, Cod. civ. aust. e gli art. 1875. Cod. Nap. 1898 Codice Albertino. Quanto al mutuo § 983, Cod. civ. aust. e gli art. 1892, Codice Nap. 1914. Cod. Albertino.

(2) Vinnio, Institut. tit. XV, *quibus modis re contrahitur obligatio*, in princip. Ortolan *Institut. de l'emp. Justin.* liv. 3. tit. 14.

(3) Leg. 1. § 2, Dig. *de pactis*. leg. 3. Dig. *de pollicitat*,

(4) Vinnio, Institut. *quibus modis re contrahitur obligat.* § fin. n. 1. Oinotomo ibid. n. 4. Perez. cod. tit. in princ.

(dal che le ipoteche generali). Ma la storia del Diritto attestò cosa importi il disconoscere le leggi naturali in alcuna composizione giuridica; come il permettere alcun diritto reale senza la dimostrazione del possesso, dell'uso, o dei pubblici registri, arrecasse una deplorabile confusione nella Giuridica, la diffidenza nei concambj sociali, la ruina delle famiglie, il disprezzo delle leggi; come il permettere all' incauto debitore di vincolare la sua proprietà fondiaria con indefinite obbligazioni, contratte talvolta in virtù di formule notarili che egli spesse volte ignorava, ne derivasse una selva avviluppata di contraddilorie pretese tra creditori e possessori, che l'une colle altre s'intralciavano crescendo nella più fitta oscurità, e solo nel barlume artifiziale de' giudizii apparivano quando le perdite, gli inganni e le delusioni erano omai irremediabili. La proprietà tutta coperta e soffocata da questi spinosi roveti, non poteva produrre le sue delizie naturali: il eredito deluso così crudelmente dovea certo sfuggire a di lei bisogni. Tale fu il premio d' una legge che per soverchia semplicità di principii creando questo diritto reale col solo consenso, esaurì poscia tutti i più sottili accorgimenti per rimediarne i disastrosi effetti.

Ben è vero che le leggi moderne colla *pubblicità* di registri apportarono luce in tante tenebre, conforto in tante amarezze: ma l'opera loro non è compiuta senza pur provvedere alla *specialità*, senza cioè costituire qualunque diritto reale in modo che appaja l'espressione immediata e immanente della cosa stessa. Il sistema tavolare germanico raggiunge questo scopo; non così il sistema ipotecario francese: la di cui legge ha appena pronunciata la sua tendenza a questo oggetto coll' articolo che esaminiamo. Se lo si toglie, non sarà certo un progredire nella via della perfezione legislativa. Si torrebbe un provvedimento che è veicolo al sistema della vera pubblicità, e che quantunque imperfetto nella parzialità sua, non manca, diremo con Merlin, di produrre tuttodì questi vantaggi: *a*) di premunire il debitore contro la facilità colla quale avria acconsentito delle ipoteche generali, senza pensare che una tale ipoteca nuocerebbe essenzialmente al suo credito, e all' interesse generale che consiste nel facilitare le trasmissioni della proprietà: *b*) di prevenire il cumulo di molte ipoteche sopra uno stesso immobile, e per conseguenza rimuovere gli inconvenienti d' una discussione difficile e dispendiosa; *c*) di secondare gli effetti salutari della pubblicità, *che meglio appariscono, allorchè i registri manifestano insieme e la persona del debitore e l' immobile tassativamente sottomesso all' ipoteca*: il che non si potrebbe ottenere se l'ipoteca cadesse confusamente sopra tutti i beni appartenenti al debitore (1).

5. In quali termini dovrà farsi nel titolo questa designazione speciale

(1) Repertoire. v. *hypotheq.* sect. 2. § 3, art. 6. num. VI.

del fondo? L'art. 2129 del Codice Napoleone, il § 435 del Cod. civ. aust., il § 12 della sovrana Patente 19 giugno 1826 (1), il § 4 del suddetto Regolamento delle prenotazioni ce li esibiscono. La prima legge vuole che si dichiari *la natura* e la *situazione* di ciascuno degli immobili: la seconda si accontenta dell' indicazione *dei confini*, ossia di un dato speciale della situazione; la terza richiede la indicazione della *qualità*, della *situazione*, dei *confini*, dei *numeri censuarj* ove esistano, e generalmente *di ogni dato per cui non possa nascer dubbio sull' identità* dei beni da ipotecarsi. La seconda di queste leggi è inapplicabile al nostro reggime ipotecario: o per lo meno questo è retto quanto alle prenotazioni da quest' ultima legge speciale, e quanto alle ipoteche convenzionali dal suddetto art. 2129 del cod. Nap. al quale corrisponde l' art. 22 del regolamento ipotecario 19 aprile 1806. Ma queste due leggi sebbene concepite con diverse espressioni non hanno che una sola ed identica significazione. (2)

Esaminiamole.

Con Merlin (3) avvertiremo che la parola *natura*, adoperata nella legge francese non va presa in senso proprio, ma nel senso attribuitole dallo stesso Codice francese nell' art. 2148 num. 5 (4), che cioè le parti devono indicare la *qualità* ossia la *specie* dei beni: al che basta di tener conto delle differenze della forma, della superficie e della coltura dei fondi, piuttostochè della somma dei composti e degli agenti naturali. Nello stesso art. 2129 colle parole: ciascuno de' suoi beni presenti può essere *nominatamente* sottomesso all' ipoteca, comprova quella spiegazione; posciachè o la natura soltanto o la qualità o specie dei fondi può bastare a caratterizzare e a dare un nome distinto ai fondi da ipotecarsi. Quindi si può dire: casa d' abitazione, corte, prato, bosco, vigna, terre coltive, per contrapposto a terre incolte, aratorie ecc.

In riguardo a questo primo requisito ambedue le leggi, la francese e l' austriaca, perfettamente convengono.

Si esigge anco il dato della *situazione*: ma in ciò la legge francese non dice altro. La legge 19 giugno 1826 e quella delle prenotazioni oltre di quel dato, quasi analizzandone il concetto, vogliono altresì l' indicazione dei *confini*, e dei *numeri censuarj*: ma questa loro disposizione non è tassativa; poichè soggiunge bastare in genere l' indicazione di ogni dato *per cui non possa nascere dubbio sulla identità dei beni medesimi.*

Quest' ultime leggi austriache, formulano assai bene l' opinione dominante oggidì sulla larga interpretazione dell' art. 2129 del Codice civile francese.

(1) Notificazione gov. lombarda 23 novembre 1826.

(2) Il Cod. albertino, art. 2189, esige che si indichi la natura o situazione con indicazione della regione e numero del catasto, *ovvero* di due almeno delle coerenze dello stabile.

(3) Repertoire, V. hypothèque, sect. 2. § 3 art. 6. n. 6.

(4) Cui corrisponde l' articolo 68, n, 5. del Regolamento 19 aprile 1806.

Comunque Grenier (1) e Troplong (2) elevando la voce contro le sottigliezze dei formalisti francesi avessero scritto dovesse bastare alla cognizione sufficiente de' terzi questo indizio: ipoteco i miei beni che possiedo nel tal comune; pure non volendo sostituire la privata opinione all' esplicito precetto della legge, sebbene quella sia molto più logica di questa, bisognerà ammettere che quella indicazione relativa solamente al proprietario non sia soddisfacente al voto della legge; ma che si richiegga una designazione obbiettiva e reale del fondo, per la quale si possa questo riconoscere e distinguere, fatta astrazione dal proprietario che può da oggi in domani variare più volte. Epperciò la Corte di Cassazione, il 23 agosto 1808, la Corte d'Appello di Aix, il 30 agosto 1809, e nuovamente ancora la stessa Corte di Cassazione col decreto 20 febbrajo 1810 dichlararono nulle le ipoteche concedute con quella vaga designazione: che abbisognava indicare la *qualità* dei fondi, senza di che non si avea la specialità voluta dalla legge. (3) E non diversa è l'opinione del signor Chiesi (4).

E così fu pur giudicato dall'Appello veneto con sentenza 4 dicembre 1854, e dalla Corte di giustizia e cassazione di Vienna colla decisione 23 maggio 1855, nella causa di priorità promossa dal fisco contro Giuseppe Ferro: perchè il titolo dell' ipoteca di costui lo autorizzava genericamente ad iscrivere il credito sopra i beni posseduti dal debitore *nelle Valli ed altrove* salvo al creditore di rilevarne la descrizione censuaria (5).

Ma d'altra parte la designazione della qualità e della situazione degli immobili non deve essere tanto minuziosa da produrre nullità d' ipoteche, che sieno per sè medesime abbastanza pubbliche e speciali. Quindi non si dovrebbe determinare tutti i singoli pezzi di terra d'un fondo che si ipoteca; ma si ritenne sufficiente l' indicazione generale della natura del medesimi, come se si dicesse la possessione tale, la casa con giardino ecc.: il che fu giudicato il 22 giugno 1810 dalla Corte d'Appello di Besançon (6).

Come pure la Corte imperiale di Aix giudicò il 13 novembre 1812,

(1) Grenier, *hypoteque*, discorso preliminare pag. 27. Egli però, nel numero 71 dello stesso trattato consiglia molto prudentemente: che si debbano prendere tutte le precauzioni possibili per far iscomparire ogni equivoco, indicando la natura dell' immobile col dire se sia un fabbricato o un officina o un fondo rurale, e in questo caso distinguendone la specie, se prato, vigna ecc. coll' indicare altresì la situazione nominando il territorio, la comune e perfino il villaggio presso cui si trova lo stabile, designandolo co'confini, o almeno con alcuno di essi. Se l' oggetto ipotecario è una casa, è prudenza indicarne oltre la contrada anche il numero; in una parola farà in modo che divenga moralmente impossibile di ingannarsi sull' oggetto dell'ipoteca.

(2) Troplong, *des priv. et hyp. preface*, pag. 25. e num. 514.

(3) Sirey, *Receuil des lois* tom. 8. par. 1. pag. 489, tom. 10. par. 1. p. 178, tom. 10. par. 2. p. 82.

(4) Chiesi, *sist. ipot.* num. 747.

(5) Giornale di giurispr. pratica di Venezia an. 7. n. 20, 21.

(6) Sirey, tom. 11. par. 2. pag. 378.

non essere necessaria l'indicazione del comune ove sono situati i beni, quando la situazione è d'altronde sufficientemente indicata (1).

Parimenti a questa designazione obbiettiva del fondo non sarebbe sempre necessario di aggiungere la descrizione materiale del medesimo; ma vi si potrebbe supplire colle enunciative censuarie dei numeri di mappa, del perticato e dello scudato d'estimo: come fu giudicato dall'Appello lombardo con sentenza 6 aprile 1824, confermata dal Senato lombardo-veneto con aulico decreto 28 agosto successivo (2).

Bisogna però avvertire nell'interesse della nostra pratica forese, come nei tempi più vicini la giurisprudenza francese si sia insensibilmente scostata dalla legge, non richiedendo più come necessaria la designazione obbiettiva degli stabili, ma accontentandosi d'una generica designazione, come appare dai molti e conformi giudicati allegati da Troplong a difesa della sua opinione (3). A noi basta di constatare che questa opinione non è conforme alla legge: per inferire quindi che i privati giureconsulti debbano rispettarla, tanto più quando la di lei violazione trarrebbe seco de' dissesti a danno dei terzi, non minori di quelli che la sua letterale osservanza cagionerebbe al creditore negligente od improvvido.

E nemmeno dopo la promulgazione della sullodata Patente 19 giugno 1826 e della legge sulle prenotazioni, la nostra opinione può essere modificata. Imperocchè distinguiamo la servile obbedienza alla lettera della legge, dalla aperta noncuranza.

Le leggi moderne ci autorizzano solo ad accettare dei termini equivalenti alla speciale designazione *dei singoli beni* ipotecati: ma non permettono la indicazione generica e complessiva di tutti i beni appartenenti al debitore, sia in questo che in quell'altro circondario.

In riguardo alla circostanziata designazione dei singoli beni, vedremo anche sotto il num. 3 del § XXV, generalizzato il seguente principio, che allorquando l'imperfetta designazione non ha cagionato alcun equivoco, e quindi alcun danno a colui che oppone la nullità, non si debba proteggere quella eccezione, ed annullare l'ipoteca difettosa, ma non pregiudizievole a chicchessia.

Nel Capitolo delle prenotazioni, § XXXI n. 2 vedremo come può provvedere quel creditore che avesse accettata una promessa di ipoteca, non provveduta di tutti i requisiti necessarj per essere un valido titolo, idoneo all'iscrizione.

(1) Sirey, tom. 13. par. 2. p. 177. e tom. 14, par. 1. pag. 44.

(2) Zini, giurisprud. prat. vol. 9. part, 1. pag. 213.

(3) Grenier, hyp. n. 71 e Troplong, *des priv. et hyp.* num. 536, bis, in notis, e num. 689.

# § XIX.

Tutte le condizioni e tutti i patti accessorj contrarj alla natura del contratto di pegno e di mutuo sono invalidi. Tali sono le condizioni: che spirato il termine del pagamento il fondo ipotecato passi in proprietà del creditore; che possa questi a suo arbitrio o per un prezzo già in prevenzione stabilito alienarlo o ritenerlo per sè; che il debitore non possa giammai obbligarlo a favore di nessun'altro: o che il creditore non possa, quando è venuto il giorno d'essere soddisfatto, domandarne la vendita.

*Arg. dal* § 1371. *Cod. civ. austriaco.*

**SOMMARIO.**

1. L'ipoteca si può stipulare sotto condizione o a tempo determinato. Delle condizioni contrarie alla natura del pegno.
2. Della proibizione fatta al debitore di obbligare o vendere ad altri lo stabile ipotecato.
3. Del patto commissorio.
4. Della proibizione fatta al creditore di vendere a suo arbitrio e per un prezzo determinato. Vale se limitata a tempo.

**1.** Il titolo dell'ipoteca se è convenzionale o testamentario può ricevere, come ogni altro contratto o liberalità del defunto, delle condizioni e dei patti accessorii. Anche il titolo legale o giudiziale può egualmente patire delle condizioni; e di ciò avremo un esempio notabile nella prenotazione, di cui nel Capitolo IV di questa Parte I.

L'ipoteca può essere conceduta sotto condizione, vale a dire subordinatamente ad un evento che sia incerto od anche futuro: che non si conosca cioè se possa accadere o se sia accaduto (1). *Potest quoque,* scrisse Struvio, *principali obligationi puræ accedere hypotheca sub conditione contracta* (2); e soggiunse Bacovio *addamus itaque et hanc* (sc. divisionem), *quod hypotheca aut contrahitur pure, aut sub conditione aut in diem: commune id habet cum aliis ista conventio* (3).

(1) Vedi sopra § VI, n. 5-6. § XIV, n. 8.

(2) Struvio, *syntagma jur.* tit *de pignor.* thes. 4

(3) Bachov. *de pignor.* lib. 1. cap. ult. Bartol. in leg. 11. § 2, Dig. *qui potiores in pign.* Mantica, *de tacit. et amb.* lib. 11. tit. 3. n. 31. Voet. *in pand. qui potiores.* num. 1 e 30. Richeri, *Jurispr. vol.* 9. § 1418.

Per questa comunanza di natura la convenzione dell' ipoteca può essere in tanti modi condizionata o limitata a tempo come ogni altra convenzione. Il che è apertamente presupposto dal § 468 del Codice civile che allude al pegno limitato a tempo; ed è pure contemplato dal § 1371 dello stesso Codice colle parole: « tutte le condizioni e tutti i patti accessorii contrarii alla natura del contratto di pegno e di mutuo sono invalidi ». Donde, per argomento del contrario senso, varranno tutte le condizioni e i patti accessorii che non sieno contrarii alla natura del pegno o del mutuo.

Se la condizione non deve essere contraria alla natura del pegno, otteniamo la riprova di ciò che stabilimmo superiormente, che cioè non si può prendere ipoteca per un debito futuro, ossia per una futura operazione di credito, sotto pretesto che il debito e l' ipoteca siano condizionati: perchè la natura del pegno importa che sia accessorio ad un debito ovvero ad un credito preesistente (1). Per la stessa ragione dicemmo non potersi ipotecare una proprietà futura affatto, sotto pretesto che l' ipoteca fosse condizionata all' acquisto della proprietà medesima; perchè l' ipoteca di natura sua non può che essere radicata sul diritto attuale alla cosa (2).

Ma si può benissimo condizionare l' ipoteca alla incerta verificazione del preesistente credito o dell' attuale proprietà medesima; perchè l'ipoteca patisce siffatte condizioni, e come qualunque diritto può essere condizionata alla prova estrinseca e formale della legittima sua derivazione.

A queste vere condizioni si può applicare la massima comune alle altre, che cioè nell'atto che si verificano attribuiscono al titolo la originaria efficacia, come se da principio non gli fosse stata aggiunta alcuna limitazione.

La Giurisprudenza francese ci esibisce l' emergenza di un' ipoteca affetta da una condizione nel titolo. — Bavoux, costituita una rendita di 1200 franchi in prò di sua moglie, gliela assicurò con un' ipoteca che dovesse prendersi *specialmente* e *limitativamente* sopra una casa situata a Parigi in contrada Lepelletier, *sussidiariamente* sopra un'altra casa situata pure a Parigi, in contrada Rochechouart: la quale ultima ipoteca però *non dovesse acquistarsi* che nel caso che il debitore vendesse il primo stabile: che in tal caso potrebbe egli cancellare l'ipoteca cadente su di questo, *assicurando l' ipoteca* sia sulla seconda casa, sia sopra un altro stabile. La moglie prese iscrizione sopra la prima casa, aggiungendo nelle note relative: *colla facoltà di riportare l' ipoteca sopra una casa situata a Parigi, contrada Rochechouart, nel caso che Bavoux vendesse la casa suddescritta.* La vendette il marito, e ne fu cancellata l' ipoteca: ma poscia ipotecò ad altri suoi creditori la seconda casa. Alienata questa giudizialmente si insinuarono i creditori, e in prima e

(1) Vedi supr. § VI. (2) Vedi § XV, n. 15.

seconda istanza la moglie Bavoux fu graduata colla prelazione della data della sua iscrizione, come se quella avesse importato ipoteca non solo per la casa situata in contrada Lepelletier, ma anche per quella sulla quale era aperto l'ordine. Ma la Corte di Cassazione con decreto 5 dicembre 1809 assecondò la querela di nullità degli altri creditori, considerando che non ci era stato nè titolo nè iscrizione per la pretesa ipoteca sussidiaria, che l'iscrizione presa non colpiva *specialmente* questo stabile, ma esprimeva semplicemente la facoltà di riportare l'ipoteca su di essa all'evenienza del caso prestabilito (1).

Questo caso pratico comprendeva non una, ma più quistioni. Primieramente si potea chiedere se pel titolo emesso dal marito Bavoux ci avea un'autorizzazione d'ipotecare subito la seconda casa, sebbene sotto la condizione sospensiva al tempo che fosse venduta la prima casa, e quindi cancellata la prima ipoteca. In secondo luogo doveasi esaminare se la inscrizione presa dalla moglie riferentesi alla seconda casa portasse tutte le indicazioni richieste per imporle una valida ipoteca, sebbene condizionata in modo sospensivo come si disse. In terzo luogo, se quel titolo non fosse sufficiente a stabilire dall'origine un'ipoteca, sulla seconda casa colla condizione sospensiva, si dovea chiedere, almeno nell'interesse teorico, se la moglie avea un altro modo più acconcio di provvedere al suo interesse.

Io adotto volontieri la decisione della Corte di Cassazione, e ai tre quesiti proposti rispondo così. Il titolo emesso dal marito non sembrami sufficiente a conferire nella moglie il diritto di ipotecare la seconda casa se non dopo che fosse venduta la prima: perchè le parole del medesimo esplicitamente dicevano che la moglie non potesse acquistare l'ipoteca sulla seconda casa se non nell'atto che vendesse la prima. Se non potea acquistare l'ipoteca, implicitamente erale proibito di inscriverla; perchè l'inscrizione non è che un modo d'acquistare l'ipoteca. Nella proibizione del fine è implicita la proibizione del mezzo. La Corte di Cassazione ebbe dunque ragione di dire che per siffatta ipoteca inscritta prima della vendita dell'altro stabile non ci avea verun titolo. E Grenier non andò troppo lungi da questa opinione, quando disse che il titolo dovea essere concepito con una forma diversa. (2)

Circa la seconda quistione non si potea veramente dire che nell'inscrizione non fosse designata specialmente la seconda casa: ma mancava un requisito importantissimo in ciò, che vi si diceva che il creditore

(1) Sirey, *Receuil gen. des lois* vol. 10. par. 1. pag. 89.

(2) Grenier, *hypoth*. num. 40, in fine. Questo è uno fra i mille esempli delle conseguenze perniciose a cui trae la negligenza dello stilo de' notaj. E mi fa risovvenire del savio avvertimento del Dottor Sormani, che volea limitato nelle scritture de' notai l'uso de' gerundii, che spesse volte cagionano un doppio senso. *Giurisprudenza prat. del notajo* Introduz. § 60.

si riservasse o avesse *la facoltà di riportare* l'ipoteca dalla prima sulla seconda casa. Ma la facoltà di riportare non è identica all'atto del riportare: la facoltà di avere un'ipoteca non è identica al diritto attuale dell'ipoteca. Era una eventualità mera, non un diritto formale. In ogni caso quell'inscrizione mancava di titolo. Quel titolo concedeva soltanto un ipoteca inscrivibile tosto sulla prima casa, ma un'ipoteca duratura soltanto pel tempo che la casa ipotecata non fosse venduta. Non importava ancora la facoltà d'inscrivere l'ipoteca sulla seconda casa, se non dopo quel fatto, e solo dopo d'allora coll'inscrizione potea essere ipotecata. Importava quindi sulla prima casa una vera ipoteca, ma risolubile nel caso che fosse venduta; nella seconda non importava alcuna ipoteca, ma solo un titolo colla condizione sospensiva che la prima casa fosse venduta. Ma il titolo senza inscrizione non dà ipoteca: e l'iscrizione sulla seconda avanti la vendita della prima era proibita.

Però si dovea avvertire, e con ciò rispondiamo alla terza ricerca: la prima ipoteca si potea cancellare quando fosse stata venduta la prima casa; ma non si potea cancellare senza che contemporaneamente non si fosse costituita l'ipoteca sulla seconda; poichè il titolo era espresso così: che il debitore potesse cancellare la ipoteca sulla prima *assicurando* l'ipoteca sia sulla seconda casa, sia sopra un'altro stabile. In tal caso la cancellazione non poteasi concedere senza il consenso della moglie: poichè il suo consenso alla cancellazione era condizionato a un fatto che doveasi verificare. E la moglie non dovea concedere la cancellazione, se la sua ipoteca, o per meglio dire, il suo credito non fosse stato convenientemente assicurato. Nol fece, dovea imputare a sè stessa la propria negligenza.

**2.** Il § 1371 del Codice civile proibisce il patto per cui il debitore rinuncia alla facoltà di obbligare ad altri creditori lo stabile ipotecato. Facile è al diffidente creditore di ottenere questa rinuncia, che gli è d'altronde di nessun profitto, e non servirebbe che ad acquetare in lui una sciocca diffidenza nella sicurezza che gli offre l'attuale reggime ipotecario; perchè il debitore o saria dal bisogno presente costretto a sottomettersi al di lui capriccio, o perchè egli stesso spererebbe che o una migliore economia domestica, o la buona riescita della sua industria lo mettessero fuori della ingrata necessità di chiedere nuovi soccorsi ed offrire nuove ipoteche. Ma questa convenzione riescirebbe oltremodo dannosa a costui, che forse per un lieve debito a scadenza lontana si troverebbe impacciato nel non potere valersi del credito che il suo patrimonio potria procurargli; saria un vincolo alla proprietà senza l'utile del proprietario, un arme di oppressione del capitalista senza un suo vantaggio ragionevole.

La legge austriaca non annovera tra i patti proibiti e contrarii alla natura del pegno e del mutuo quella convenzione colla quale il creditore ipotecario vieta al debitore di alienare il fondo ipotecato. Fralle leggi romane la 7. § 2 Dig. *de distractione pignoris*, sembra che dichiari lecito ed operativo quel patto. La lezione commune di quel frammento che si attribuisce a Marciano suona così: *quæritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit: et an pactio nulla sit talis qnalis contra jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est* NULLAM ESSE VENDITIONEM, *ut pactioni stetur.*

Per tempo s'accorsero gli eruditi che questa decisione era erronea, o per lo meno erronea la dizione (1); e Hotoman cambia l'aspetto di quella decisione in un senso affatto contrario, col sostituire una parola in questa guisa: *nullam esse* NATIONEM *ut pactioni stetur* (2).

E veramente questa saria la vera decisione nell'argomento proposto; poichè colla lezione commune di quel testo si crea un'antinomia coi principj generali del Diritto (3). Imperocchè da Pomponio abbiamo nella legge 41 Dig. *de pactis*: *nemo paciscendo efficere potest . . . ne vicino invito, prædium alienet*: le quali parole furono interpretate da Bartolo così: *pactum de non alienando rem propriam non valet.*

Anche nella legge 3. Cod. *de condictione ob causam datorum* provvedevasi che nel caso si fosse donata una cosa col patto di non alienarla, alienata che fosse, il donante non avesse che la *condictio*, ossia l'azione personale contro il donatario: dunque questo patto proibitivo non aveva forza di annullare l'alienazione fatta contro il divieto; perchè in questa ipotesi non si saria conceduta al donante l'azione vendicatoria (4).

Nell'argomento nostro non è il donatore o il proprietario, che alla cosa sua impone quelle leggi che più gli piace, ma il creditore che non ha altro diritto sulla cosa fuorchè l'ipotecario, e per questo non gli interessa affatto che il debitore continui a possederla o l'abbandoni o la vendi: perocchè egli come creditore ipotecario può venire direttamente sul fondo (§ LVII), e dal terzo possessore potria pretendere nulla più che il pagamento del suo credito: invece che se valesse quel patto, gli attribuirebbe un diritto reale che non avria alcuna causa, perciocchè egli come creditore ha diritto alla soddisfazione del credito, non alla proprietà ipotecata.

Come destituito di causa, e quindi come *nudo*, questo patto non può attribuire un diritto reale; non è quindi operativo contro i terzi: e quin-

(1) La lezione di questa legge era stata un soggetto di grave disputa tra Bartolo e Francesco Accorso, professori l'uno a Perugia, l'altro a Reggio: come si ha dallo stesso Bartolo in l. 3. Cod. *de condit. ob causam dator.* n. 3. Balduin. *de pignor.* cap. 18.

(2) Hotoman, in Dig. *de distract. pignor.*

(3) Voet, in pand. *de pignor.* num. 23.

(4) Accursio, in d. leg. 3. Cod. *de condit. ob caus. dator.*

di nella fattispecie di Marciano la vendita seguita, siccome non pregiudicava al creditore, così dovea tenere.

**3.** Proibisce il nostro § il patto accessorio per cui, se il debitore non paga allo spirare del termine convenuto, la cosa passa in proprietà del creditore. Questo che si dice volgarmente il patto commissorio, trovasi pure abolito nelle leggi romane, ma solo dai tempi di Costantino imperatore; del quale abbiamo il rescritto seguente: *quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret* (1).

Questa disposizione fu ben tardiva, se si pone mente all'alta immoralità di questo patto. Negli scritti più antichi non si trova che fosse stato abolito da legge anteriore, nè condannato dall'opinione di qualche giureconsulto (2). Rispettavano gli antichi la libertà delle contrattazioni, e non le infirmavano se non quando contenessero una frode manifesta. Il Pretore avea scritto nell'albo: *pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo* (3). Ma nè le leggi, nè l'opinione al tempo d'Ulpiano aveano subodorato alcuna frode in questa convenzione. Che anzi non solo non distingueva qui il Pretore il *dolo malo* dall'ingiustizia morale del patto: ma questo stesso *dolo malo* definito da Cicerone *aliud simulatum aliud actum* non fu definito e formulato che a' suoi tempi da Gallo Aquilio (4), sebbene l'equità pretoria in altri casi avesse fatto sentire per tempo la sua salutare influenza. Eppure in questo patto non ci avea una vera simulazione, ma una ingiustizia. E per ingiustizia non intendo quella sola che è negazione della legge civile, ma ancora quella che disprezza i dettami della legge morale. Nessun commentatore dell'Editto avria potuto argomentare alla proibizione di questo patto immorale: bastava che non contenesse simulazione, perchè colle parole dell'Editto dovesse avere efficacia.

Abbiamo dunque in questa proibizione un altro documento del grande ristauro operato nell'epoca imperiale sulla legislazione dell'antica repubblica; nella quale, forse per la brevità della vita politica di quel popolo, la società non si era svestita ancora delle native forme delle suggestioni del privato egoismo, dell'incomposta libertà, del *summum jus* delle leggi decemvirali, ed avea bisogno di ricreare la ragion popolare coll'*equità*, ossia colle regole più universali della legge morale. Il debitore povero, sconsigliato, o sospinto dalla ferrea necessità prestavasi facilmente a soscrivere alle leonine esigenze dell'avaro creditore, e vincolando i suoi

(1) Leg. 5. Cod. *de pactis pignorum*.

(2) Come si può vedere nella leg. 7. § 6, Dig. *de donat. inter virum et uxor.* leg. 34 Dig. *de pignor. actione*, leg. 16. § ult. Dig. *de pignorib.* leg. ult. Dig. *de contrah. empt.* leg. 1. Cod. *de pactis pignorum*, ed ivi la glossa d'Accursio alla lett. *creditoribus*.

(3) Ulpiano in leg. 7. Dig. *de pactis*.

(4) Lib. 3. *officiorum*, cap. IX e X.

beni per un debito molto minore del valore di questi, esponevasi ad una perdita inevitabile. Egli avea veramente la libertà civile di non obbligarsi: ma l'esperienza quotidiana non insegna ella cosa sia questa libertà del bisogooso? *Debitore egeno*, scrive Voet queste pietose parole, *ac præsentis rei nummariæ angustià presso facile patiente dura quæque et inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriæ diem, molliora sibi tempora, ac fortunam meliorem pollicetur, atque, ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat: cui tamen spes, lubricæ satis ac fallaci, eventus deinde haud raro non respondet* (1).

Questo patto perciò fu vietato per due motivi: prima, perchè il mutuario bisognoso è costretto ad accettare qualsiasi più gravosa condizione, secondariamente perchè vi si contiene una pravità usuraria (2); e la legge che ha proibito l'usura contraddirebbe a sè stessa se le lasciasse questo mezzo efficacissimo di oppressione.

Ci ha quistione tra i prammatici se questo patto sia lecito quando fu apposto, non nell'atto in cui si costituì il debito e l'ipoteca, ma alcun tempo dopo: cioè quando non ci fosse più motivo di sospettare che il debitore fosse jugulato dall'immanità del creditore. Affermano Bartolo (3), Neguzanzio (4), Mantica (5), Donello (6) e Bacovio (7); ma si oppongono Zoesio (8), Voet (9), Struvio (10) e Antonio Fabro (11): l'opinione dei quali mi sembra la più accettevole per questo solo motivo, che esporrò colle parole eleganti di Voet: *eo quod æque postea, durante eadem debitoris inopia, per intempestivam, aut saltem debitori misero gravem, difficilem ac quacumque ratione protelandam ac declinandam debiti exactionem, creditor extorquere posset hanc duram legem: ut proinde non minor etiam tunc iniquitatis ratio pro pacti ex intervallo concepti, nullitate pugnet* (12). E quella opinione non è plausibile nemmeno sotto il reggime delle leggi romane, poichè quei testi che iovocano come tutti anteriori al rescritto di Costantino, si devono considerare come abrogati (13).

Pensarono alcuni che valga e non repugni alla ragione della legge quella specie di patto commissorio per cui, non pagando il debitore il suo debito nel tempo convenuto, il creditore divenga padrone della cosa

(1) Voet, *in pand. de pignor.* num. 23. Zoesio, in Dig. *de pignor.* n. 16.

(2) Mantica, *de tacit. et amb.* lib. XI. tit. 9. n. 3. Neguzanzio, *de pignor.* part. 4. n. 2. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 23. def. 1. Donello, *de pignorib.* cap. XI. in medio.

(3) In leg. *Titius.* 34. Dig. *de pignor. action.* e in leg. ultima. Cod. *de pactis pignorum.*

(4) *de pignor.* par. 4. num. 6.

(5) Mantica, *de tacit. ed ambig.* lib. XI. tit. 10. n. 2. 3.

(6) *de pignorib.* cap. XI. in medio.

(7) *de pignoribus*, lib. 1. cap. 16. n. 4.

(8) Zoesio, in Dig. *de pignor.* num. 19.

(9) In pand. *de pignor.* num. 23.

(10) *Sytagma jur.* tit. *de pignor.* num. 7.

(11) *In Codicem*, lib. 8. tit. 23. def. 1.

(12) Voet, *de pignor.* num. 23.

(13) Leg. 16. § fin. Dig. *de pignoribus.* di Marciano che fiori sotto Alessandro Severo, leg. 81. Dig. *de contrah. emptione* di Cervidio Scevola, leg. 1. Cod. *de pactis pignorum*, dell'imperatore Alessandro Severo.

ipotecata, *da stimarsi a giusto prezzo* (1). Questo patto può reggere, perchè venuto il creditore in possesso del fondo medesimo coll'azione ipotecaria potria acquistarne il dominio. Ma questo patto non saria reale contro il terzo possessore che avria il *jus offerendi;* essendochè il creditore ha il solo diritto reale ipotecario, non la causa reale di avocazione del dominio; perchè quel patto in origine non potea essere considerato come titolo di vendita condizionata. E di vero se la determinazione del prezzo non è lasciata ad alcuna persona indicata, non si ha vera vendita. Se poi fosse stata nominata una persona al cui arbitrio fosse rimessa la determinazione del valore, come si usava a Bologna e piaceva a Bartolo (2), allora quel patto tornava ad essere proibito come quello che non era scevro del sospetto di frode: essendo più che facile al creditore di scegliere o far scegliere in arbitro il più disonesto uomo di sua conoscenza. Che se poi la scelta dei periti fosse stata in origine rimessa alla cura del giudice, pel § 1056 del Codice civile quel patto non avrebbe costituita la vera vendita: perchè il debitore come proprietario poteva recedere da essa prima della seguita perizia: e recedette difatto col vendere il fondo, e deluse quindi la bramosia del creditore.

Dunque quel patto non costituirebbe un accessorio vero del diritto di pegno: cioè non saria un diritto reale operativo contro i terzi.

**4.** Il § 1371 del Codice civile, che esaminiamo, proibisce altresì la convenzione per cui si vieta al creditore, quand'è venuto il giorno d'essere soddisfatto, di domandare la vendita del pegno. *Pactum ne possit vendi pignus, contra natura pignoris est,* scrisse Dionigi Gottofredo (3). E diffatti ripugna alla nozione elementare del diritto di pegno.

Però la proibizione di vendere potrebbe valere quando fosse limitata a tempo: come se, per esempio, io concedessi un'ipoteca sul mio fondo in garanzia del debito d'un amico; ma aggiungessi che io non volessi essere molestato fin che io vivessi, e quindi non si potesse chiedere la vendita del fondo nel caso di mancato pagamento del debito, se non dopo la mia morte. L'ipoteca in questo caso sarebbe realizzabile a un tempo indeterminato, ma pur troppo certissimo che debba venire.

La legge del nostro § aggiungendo la particella *mai,* vieta la proibizione *assoluta* del vendere, ma non la proibizione limitata, che si risolverebbe in una semplice *dilazione* di tempo (4).

(1) Merc. Merlino, *de pignor.* lib. 4. tit. 4. quæ. 125, n. 51. Febro, in Cod. lib. 8 tit. 25. def. 1. Donello, *de pignor.* cap. 11. in mod., Damhonder, *de subhastat.* cap. 3. n. 33. Negusant. *de pignor.* par. 4. n. 6.

(2) Bartolo in leg. fin. Codice *de pactis pignor.* et in leg. 3. in ult. quæst. Cod. *de pignor.*

(3) Ad leg. Aristo. 3. Dig. *quæ res pign.* nota 44.

(4) Donello, *de pignor.* cap. 10. vuole che questo patto proibitivo valga se fu convenuto così: *ne liceret. statim . . . . aliquando tamen liceret.* E sopra al num. 1. di questo § dicemmo che l'ipoteca si può limitare a tempo.

Se però in un contratto di pegno si fosse formulata una tale assoluta proibizione, secondo l'opinione concorde degli antichi giureconsulti quel patto si avrebbe per non aggiunto, in maniera che si potrebbe nelle ordinarie vie giudiziali chiedere la vendita. (1)

Si potrà considerare valido da noi il patto col quale il debitore proibisse al creditore di cedere o di suppegnare ad altri il suo credito?

Winiwarter (2), Basevi (3) e Mattei (4) l'affermano senz'altro, argomentandosi dai §§ 978 e 1098 del Codice civile e dalla libertà delle convenzioni. Tale opinione mi sembra accettevole, non perchè ci corra alcuna analogia dai casi del commodato e delle locazioni, a cui alludono quei §§; ma perchè il creditore *imputet sibi tam exigua cautione contentum fuisse.*

Aggiungerò piuttosto una condizione alla validità ed efficacia di questo e di simili patti permessi, che cioè essi per essere opposti ai terzi devono apparire dai pubblici libri, ossia dalla iscrizione ipotecaria: o per lo meno trattandosi della proibizione dei suppegni e delle cessioni, che debba apparire dallo stesso documento costitutivo del credito, consultando il quale i terzi possano rilevarla facilmente.

Passiamo nel § che segue ad esaminare la liceità di una importante forma del contratto ipotecario.

(1) Almeno dicevano che il creditore potesse vendere, dopo invitato con tre denuncie il debitore al pagamento: Ulpiano in leg. 4. 5. Dig. *de pignor. actione*. Neguzant, *de pig.* par. 6. m. 1. n. 3. M. Merlin. lib. 4. tit. 5. q. 95. n. 5. Mantica, *de tacit. et amb.* lib. 11. tit. 6. n. 1. Paul. *Sentent.* lib. 2. tit. 13. § 7, Richeri, *Jurispr.* vol. 9. § 1726-1730.

(2) Winiwarter, *dir. civ. tom.* 2. § 144.

(3) Basevi, al § 454, Cod. aust.

(4) Mattei, al § 453, n. 5.

## § XX.

Non ha alcun effetto legale il patto accessorio, in di cui forza spettar debba al creditore l'usufrutto della cosa data in pegno.

§ 1372. *Codice civ. austriaco.*

### SOMMARIO.

1. L'anticresi era efficace nel Diritto romano, ed è riconosciuta nella legge francese e nelle italiane. Comunque sembri lecita moralmente è proibita dalla nostra legge.

**1.** Il § 1372 del Codice civile austriaco proibisce l'anticresi in quanto è un patto accessorio al pegno. Un creditore con ipoteca non potrebbe pattuire ed ottenere in virtù della convenzione di possedere il fondo ipotecario allo scopo di goderne i frutti e compensarli cogli interessi del suo credito. E di questa conclusione negativa già parlammo nel § 11, n. 1 (1). Ma nel Diritto romano, nel francese e nelle legislazioni contemporanee d'oltrepò, questo patto accessorio otterrebbe una positiva efficacia. Qual è la ragione differenziale della legge austriaca? Per qual titolo si armò essa di tanta severità contro questo genere di convenzioni? Il rispetto che si deve alla legge, e il carattere d'universalità cui tutti i sistemi razionali aspirano ci determinano all'esame dei diversi sistemi, e quindi alla scielta del migliore fra di essi se non nell'ordine pratico, almeno nell'interesse scientifico.

L'anticresi era conosciuta nel Diritto romano pur come un contratto composto di due: del contratto di mutuo feneratizio e del contratto di locazione. Il creditore dava a mutuo una somma, e ricevea dal debitore in conduzione un fondo, compensando il credito degli interessi col debito dei fitti: se questi eccedevano l'importo degli interessi si destinavano alla graduata ammortizzazione del capitale. Da questa convenzione unita al possedimento dello stabile nasceva una specie di diritto di pegno, in quanto attribuivasi al creditore il diritto di ritenzione: ma era distinta dal pegno commune e dall'ipoteca, perchè al creditore caducato dal possesso non si attribuiva alcuna azione reale, ma l'azione personale *in*

(1) E questa conclusione fu accettata in massima nella sentenza 10 settembre 1845, d'un tribunale d'appello, e nella decisione 17 marzo 1846, della terza istanza, riferito nel Giorn. di giurispr. prat. di Venezia, an. 1. 1846, n. 45.

*factum*. Il che ci è attestato da Marciano: *si* ἀντίχρησις *idest mutuus pignoris usus pro credito facta sit, et in fundum, aut in ædes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet* IN FACTUM *actione uti* (1).

Così nella moderna legislazione francese l'*anticresi* è considerata per rispetto alle cose immobili, come il pegno in senso stretto è ritenuto per riguardo alle cose mobili. E pegno e anticresi sono due specie distinte in cui si divide il genere, che presso i francesi si dice *nantissement*, e nel Codice austriaco si chiamerebbe *pegno in genere*; e l'una e l'altra specie col loro genere si definiscono nell'articolo 2071 del Codice Napoleone: quel contratto con cui il debitore dà al suo creditore una cosa per sicurezza del credito (2). Ma questa deduzione non è esatta; perchè l'anticresi per le leggi francesi non procaccierebbe al creditore alcun diritto reale, non diremo di persecuzione contro i terzi possessori, ma nemmanco il diritto di ritenzione contro i creditori ipotecarj posteriori, se ed in quanto questo suo diritto non fosse inscritto come ogni altro diritto ipotecario. La qual cosa risulta dagli articoli 2085 e 2091 dello stesso Codice civile francese (3), e fu chiaramente espressa da Berlier nel suo rapporto al Consiglio di Stato al tempo della compilazione di quel Codice, e in queste parole: « l'anticresi non essere per sè sola un'ipoteca, e non poter perciò prevalere sopra i diritti ipotecarj acquistati dai terzi e neppur concorrere con essi: ma se il creditore anticretico diventasse creditore ipotecario mediante titolo ed inscrizione, eserciterebbe allora i suoi diritti, secondo la sua classe e al pari d'ogni altro. — Se fosse altrimenti, soggiungeva Gary, oratore al Tribunato, sarebbe in potere dei debitori di deludere ed annullare i diritti dei creditori ipotecarj » (4).

I Francesi assai più nettamente che non i Romani, distinsero nell'anticresi la semplice combinazione del mutuo e della locazione da quella più composta, cioè coll'accessoria pattuizione e inscrizione dell'ipoteca. E in questo senso il Codice civile austriaco contemplò questo contratto come un patto accessorio al contratto di pegno.

(1) Leg. 11. § 1, Dig. *de pignor. et hyp.* Vinnio, *selectæ. jur. quæst.* lib. 2. cap. 7. n. 2. Pothier, *pand.* tit. *de pignorib.* n. 25.

(2) Art. 2071 e 2072 del Cod. Napoleone, al quale corrispondono esattamente gli art. 1941 e 1942 Cod. siciliano art. 2124 e 2125 Cod. Albertino.

(3) Ai quali articoli corrispondono esattamente gli art. 2139 e 2144 del Cod. sardo, gli art. 1955 e 1961 del Cod. napoletano, gli art. 2090 e 2097 del Cod. parmense, gli art. 1096 e 1102 del Cod. ticinese.

Nei cod. di Parma e di Modena si annovera semplicemente l'anticresi come un mezzo d'assicurazione: ma non lo si identifica col pegno. E nel Codice del Cantone Ticino non lo si chiama nemmeno come un mezzo assicurativo, ma come un contratto speciale.

(4) Motivi del Cod. Napoleone, lib. 3 tit. XVII. Così pure Troplong, *des priv. et hyp.* num. 778.

Ma a differenza di questa la legittimarono, delimitandola coll'art. 2085 del Codice Napoleone statuendo « che il creditore in virtù di questo contratto non acquista che la facoltà di percepire i frutti dell' immobile, sotto condizione d'imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del suo credito ». E nel seguente art. 2089 vieppiù la confermarono dicendo: « quando le parti abbiano stipulato che i frutti si compenseranno cogli interessi in tutto o fino ad una determinata concorrenza, questa convenzione viene eseguita come qualunque altra che non sia vietata dalle leggi ».

Nulla resiste d'altronde a primo sguardo alla moralità naturale di questo contratto: poichè è una sintesi di due leciti contratti, il mutuo feneratizio e la locazione: e la convenzione del pegno o dell'ipoteca è un accessorio che non ne altera il significato morale. Nè diversamente sembrò a Papiniano quando scrisse: *pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur* FINI LEGITIMÆ USURÆ. *Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ majores usuræ stipulanti recte promitti potuerunt* (1). E non diversamente risposero Ulpiano (2), Paolo (3), Modestino (4) e Galieno (5); e con essi la giurisprudenza de'tempi di mezzo (6). E comunque gli antichi limitassero gli interessi ad una data misura, è temessero che per cagione di questo contratto non si coprisse l'usura sotto il palliativo d'un tenue canone d'affitto, pure persistettero nella tolleranza di questo contratto: come abbiamo in un rescritto d'Alessandro Severo. *Referri quæstionem quasi plus domus* (data in anticresi) *quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum: sed vilius conducta habitatio videtur* (7). E come rileviamo da quest'altro rescritto di Gordiano. *Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur: obtentu majoris percepti emolumenti, propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt* (8).

Nè la proibizione degli interessi eccedenti la misura legale può essere una tanto bastevole cagione della sua abolizione. Tant'è che si avesse fatto come fece il Codice Albertino, il quale nell' art. 2139 stabilì che in questo contratto non si potesse mai eccedere la tassa legale degli interessi. Nè il sospetto dell'usura può bastare per la sua condanna: perchè

(1) Leg. 1, § 3 Dig. *de pignorib.*

(2) In leg. 20 Dig. *de pignor.*

(3) In leg. 8 Dig. *in quib. caus. pign. tac.*

(4) In leg. 39 Dig. *de pignorat. action.*

(4) In leg. 6 Cod. *quod cum eo qui in alien. potest.*

(6) Negnzani, *de pignor.* par. 5. mem. 5 n. 10. Hotoman, in Dig. *in quib. caus. pign. tac.* Zoesio, in Dig. *de pignor.* num. 13. Struvio, *syntagm.* tit. *de pignor.* num. 7. Voet, in pand. *de pignor.* n. 21, 23, 24. Richeri, Iurispr. vol. 3 § 270, vol. 9 § 1601.

(7) Leg. 14 Cod. *de usuris.*

(8) Leg. 17 Cod. *de usuris.*

l'usura può penetrare in qualunque contratto: e si può ben costringere e punire in questo caso per la facilità colla quale si può apprezzare il valore delle locazioni.

La proibizione della nostra legge risente sopratutto di quell'abborrimento per la libertà degli interessi convenzionali, la quale costituisce una delle tesi le più disputate nella moderna giurisprudenza, e sulla quale non ardiremo pronunciare una parola senza un maturo esame; il che non possiamo qui fare perchè eccederebbe i limiti delle presenti ricerche.

## § XXI.

Sarà valido il titolo dell'ipoteca quando, concorrendo in esso i requisiti tutti voluti dalla legge, risulti da un'atto pubblico e in forma autentica, cioè da sentenza o decreto del giudice competente, da convenzione giudiziale, da un contratto stipulato avanti a due notaj, o avanti ad un notajo e due testimonii, da deliberazioni prese da un pubblico ufficiale in materie attenenti alla sua carica, da scritture private le di cui firme sieno ricosciute e verificate dal giudice o da un pubblico notajo, ed anche da scritture fatte in estero Stato da persone che sieno ivi specialmente autorizzate alla edizione dei pubblici documenti, legalizzate dall'ambasciata o dal consolato austriaco residente nel luogo della loro provenienza.

*Argomento dall'art.* 2127 *del Codice civ. francese;*
*dall'art.* 56 *Regolam. ipotecario* 19 *aprile* 1806;
*dal* § 170 *del Regolamento giudiziario;*
*dall'art.* 5 *della Notificaz. gover. lomb.* 16 *marzo* 1816;
*dalle Circol. govern. lomb.* 22 *marzo e* 12 *aprile* 1816;
*dalla Notificaz. govern. lomb.* 9 *marzo* 1818;
*dalla Circolare d'Appello lomb.* 11 *luglio* 1818;
*dalla Notificaz. govern. lomb.* 30 *gennajo* 1827;
*dalla Notificaz. govern. lom.* 23 *novembre* 1837;
*e dalla Notificaz. govern. lomb.* 15 *novembre* 1847.

### SOMMARIO.

1. Della forma estrinseca del titolo ipotecario, che abbisogna a due fini distinti.
2. Dell'autenticità del titolo, e delle private scritture.
3. Della forma autentica degli atti convenzionali e giudiziali, e delle sentenze degli arbitri.

4. Degli atti delle autorità amministrative.
5. Delle convenzioni fatte all'estero.
6. Di ciò che deve contenere il titolo nella sua forma autentica.

**1.** Il titolo ipotecario, che dicemmo emanare o dalla legge o dalla volontà del proprietario, ed è la causa per cui la proprietà riceve l'obbligazione reale dell'ipoteca, deve avere oltre le condizioni egli elementi esaminati ne' §§ precedenti, anche una forma estrinseca, affinchè possa produrre i suoi effetti nel mondo giuridico. Questa forma estrinseca dee procacciargli la conveniente prova e dimostrazione, perchè la veracità del suo contenuto si possa opporre ai terzi, e sia inscrivibile nell'ufficio di conservazione delle ipoteche.

La disposizione del presente § è subordinata adunque al principio pratico della dimostrazione di tutti i diritti, e più ancora alle esigenze dell'intero sistema ipotecario, ossia alla necessaria modalità dell'iscrizione.

Se fosse subordinata solamente al primo principio, se cioè fosse necessario soltanto per la prova del titolo, per convincere gli interessati della verità della concessione ipotecaria, non sarebbe stato mestiere di prescrivere una forma apposita, essendo bastevole quel qualunque apparato di prove giuridiche, che si esige in tutti gli altri casi.

Come avveniva appunto nel sistema ipotecario del Diritto comune in cui l'ipoteca potevasi costituire, non solo per scrittura privata, ma anche a voce, purchè ciò si potesse provare: *fiunt enim*, scrive Gajo, *de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit; et sine his autem valet quod actum est, si habet probationem* (1). Parimenti poteasi costituire l'ipoteca mediante lettere missive tra persone assenti, come appare da un frammento di Scevola (2). Ma siccome in questa materia non basta di provare il prestato consenso in confronto del debitore, ma occorre di provarlo in confronto ai terzi, ossia agli altri creditori ipotecarj, perciocchè poteva accadere che il debitore deteriorasse la condizione dei precedenti creditori simulando posteriormente con *date fittizie* delle antiche ipoteche, l'imperatore Leone statuì che l'ipoteca non attribuisse prelazione in confronto ai terzi o possessori o creditori, se non apparisse da pubblico stromento, ovvero da scrittura privata firmata da tre testimonj degni di fede (3).

Questi diversi generi di prova continuarono a richiedersi e bastare nella posteriore giurisprudenza italiana (4) e francese (5).

(1) Leg. 4. Dig. *de pignorib.*

(2) Leg. 34. § 1, Dig. *de pignorib.*

(3) Leg. 11. Cod. *qui potiores in pignore hab.* e nell'Autentica aggiunta in calce.

(4) Negusant, *de pignor.* par. 3. m. 2. n. 47. Richeri, *Jurispr.* vol. 9. § 1583.

(5) Pothier, pand. *qui potiores in pignor.* num. 4. Donello, *de pignorib.* cap. 6. Ma Grenier, *hypoth.* num. 6. *Merlin. Repert. v. hypotheq.* sect. 1. § V, num. 12, e Troplong, *des priv. et hyp.* n. 504. asseriscono che in Francia non si potesse concedere ipoteca che per titolo autentico. Questa asserzione loro è gratuita; imperciocchè concediamo che tutti gli atti autentici producessero ipoteca, ma non già che qualunque ipoteca derivasse solamente da atto autentico.

Ma quello che importa maggiormente di rilevare si è, che questa forma estrinseca del titolo è condizione necessaria per l'iscrizione. A questa pratica occorre un atto scritto, che per la sua forma sia presentabile all'ufficio di conservazione delle ipoteche, e pel suo contenuto presti materia alla richiesta iscrizione.

Degli Sforza però opina che avendo la legislazione austriaca leggi sue proprie concernenti *le forme* dei titoli ipotecarj, le leggi francesi non sieno oggimai più applicabili; ma che in virtù del § 3 della Notificazione governativa 16 marzo 1816 si dovessero seguire le forme prescritte nei §§ 434 e 435 del Codice civile austriaco (1). Concediamo che in que' §§ non si parli punto di forma autentica, ma vorrà egli sostenere che il titolo ipotecario possa apparire da una scrittura privata firmata soltanto dalle parti contraenti e da due testimonii? Senza entrare per ora in maggiori confronti, accontentiamoci di citare anche noi la stessa Notificazione 16 marzo 1816, e precisamente al § 5 ove le scritture private non si accettano, se le firme non sieno riconosciute e verificate dal giudice o da pubblico notajo.

**2.** Un titolo ipotecario adunque per potersi presentare all'ufficio, ove si conservano le ipoteche, deve essere redatto in forma di atto pubblico. Una scrittura privata, che pur facesse fede tralle parti che l'hanno compilata ed assentita, non sarebbe bastevole per l'inscrizione, se non fosse munita d'alcun apparato d'autenticità, come diciamo in appresso; e se fosse anche stata accettata e inscritta per inavvertenza del Conservatore, l'inscrizione per mancanza di una formalità ritenuta essenziale, non avrebbe efficacia alcuna (2). Il Decreto italico 12 dicembre 1812 le condannava nell'articolo 23 in questi termini formali: le scritture private non possono servire di titolo alla inscrizione dell'ipoteca convenzionale, sia ad istanza della parte, sia d'ufficio... E così fu giudicato il 30 dicembre 1850 e il 21 maggio 1851 nelle prime due istanze in una stessa causa, che qualora il titolo costitutivo di un'ipoteca non sia autentico per ministero di giudice o per ufficio di notajo, l'inscrizione in confronto dei terzi non regge (3).

Giova però notare delle differenze tra la legislazione del cessato Regno d'Italia, e la vigente. L'art. 2127 del Codice Napoleone disponeva che « l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con un atto stipulato in forma autentica avanti a due notaj, o avanti un notajo e due testimonii (4). » Dubitossi perciò se bastasse una scrittura privata quando fosse

(1) Degli Sforza, *sul diritto di pegno e d'ipoteca*. cap. 5. § 20, pag. 116-119.

(2) Grenier, *hypotheq.* n. 6. Troplong, *des priv. et hyp.* n. 506.

(3) Gior. di giurisprud. prat. di Venezia, an. IV. 1851. num. 13.

(4) A questo articolo corrisponde l'art. 20 del Regolamento italico 19 aprile 1806, l'art. 2013 del Codico delle due Sicilie. L'art. 69 del motuproprio toscano diversifica nei dettagli; li articoli 2181 dei Codici di Parma e di Modena vogliono un atto di notajo nella forma

stata depositata presso un notajo dal debitore, ovvero quando il notajo stesso mediante un processo verbale avesse verificata la firma. Affermano Maleville (1) Grenier (2) e Troplong (3). Anzi l'art. 56 del Regolamento italico 19 aprile 1806 stabiliva che: « gli atti che si presentano al conservatore devono essere autentici o in forma autentica, cioè atti pubblici e ricevuti da notajo, *o se trattasi di atto privato, le firme dovranno essere riconosciute da un notajo*, ovvero riconosciute o verificate in giudizio. »

Ma venne il Decreto italico 12 dicembre 1812 a richiamare la stretta osservanza del precedente art. 2127 del Codice civile: dichiarando, nell'articolo 24, che l'art. 56 del suddetto regolamento non fosse applicabile all'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale. Riteneansi però ferme e valide sino all'epoca della rispettiva rinnovazione quelle iscrizioni che si fossero prese con siffatte scritture private, e si ordinava che quelle rinnovazioni non si potessero fare che dietro una conferma dell'ipoteca da farsi per atto in forma autentica a termine del succennato art. 2127 del Codice civile.

Questa restrizione non sembrava giustificata da un plausibile motivo, e tanto meno poteva sussistere in queste provincie, quando al reggime italico subentrò quello delle leggi austriache, le quali nel § 109 del Regolamento del processo civile stabilivano la massima generale: « che ai pubblici atti si dovrà prestare intiera fede rispetto al fatto sopra al quale saranno stati eretti. » Niuno dubitò che la verificazione delle firme di una scrittura privata per parte di un notajo non costituisca l'autenticità della scrittura stessa (4). Ora, nulla più volevasi che l'autenticità della firma di chi costituiva l'ipoteca; e la giurisprudenza francese avea pure con tutta ragione allargate le prescrizioni del sudd. art. 2127. Epperciò fra i miglioramenti introdotti dal Governo austriaco nel reggime ipotecario eredato dal Governo italico contiamo pur questo dell'art. 5 della Notificazione governativa 16 marzo 1816: « per le iscrizioni delle ipoteche costituite da titoli e convenzioni posteriori al 31 dicembre 1815, oltre gli atti pubblici, saranno ammesse anche le scritture private, nelle quali concorrano i requisiti tutti voluti dalle leggi veglianti per far luogo all'iscrizione delle ipoteche nei pubblici libri. *Le firme però dovranno essere riconosciute e verificate dal giudice o da un pubblico notajo.* » (5) Resta adunque a vedere in quali altri atti pubblici si possa costituire l'ipoteca. Il § 170 del Regolamento giudiziario dispone: « per atti pubblici dovranno riguardarsi, 1. tutti i documenti scritti che saranno eretti

ordinaria de' contratti; e così nell' art. 125 del Regolam. gregoriano. L'art. 2187 del Cod. Sardo porta invece: l'ipoteca convenzionale non può essere consentita che in virtù di un atto pubblico rogato da un notajo, o da chi si trova dalle leggi a tali atti autorizzato.

(1) *Analyse du Code*. liv. 3. tit. XVIII. chap. 3. sect. 3.

(2) *hypothèque*. n. 67-68.

(3) *des priv. et hyp.* num. 506

(4) Grenier. hyp. n. 67.

(5) Così fu giudicato dall' Appello veneto il 14 dicembre 1854 e dalla Corte di cassazione il 23 maggio 1855. Gior. di giurispr. prat. di Venezia, an. VIII. 1855, n. 20-21.

in cose d'uffizio da pubblica persona impiegata nei registri pubblici, tribunali od altri uffizj regi o civici, la quale sia specialmente abilitata alla spedizione di simili documenti; 2. i documenti eretti sopra oggetti d'uffizio dal magistrato competente, o pure da un solo uffiziale assunto per l'esercizio degli atti giurisdizionali, e specialmente abilitato a fare simili documenti; 3. le scritture fatte in estero Stato da persone che sieno ivi specialmente autorizzate all'edizione dei pubblici documenti d'uffizio, ed autenticate secondo la consuetudine del paese. »

In questa legge abbiamo il principio generale del presente § il quale venne poscia sviluppato secondo le esigenze dei casi particolari.

Entriamo nei dettagli necessari a sapersi nella pratica.

**3.** Non più adunque le leggi del cessato Regno d'Italia, ma le austriache col succitato articolo 5 della Notificazione 16 marzo 1816, ci forniscono il criterio dell'autenticità del titolo ipotecario: in quanto esige che qualsia titolo abbi la forma di atto pubblico. Tutte le convenzioni che si stipulano fra privati, per divenire un valido titolo ipotecario, devono ricevere l'impronta di alcuna delle pubbliche autorità, che in ciò facendo non esca della sua organica competenza.

Le convenzioni quindi ricevono il carattere di atto pubblico quando sono redatte da due notaj o da un solo notajo con due testimonj. L'articolo 2127 del Codice civile italico è legge vigente in proposito, ossia il suo disposto è conservato come legge nell'attuale regime, che colla Notificazione governativa lombarda 19 ottobre 1817 confermò il notariato nelle antiche mansioni (1). Che anzi basta, come dicemmo che il notajo avesse verificate le firme apposte dai contraenti in una scritta privata, per imprimerle il carattere di atto pubblico (2).

Le sentenze e i decreti del giudice competente sono senza dubbio atti pubblici, quando fossero, come si dice, *spedite* da persone abilitate a ciò (3).

Che si dirà delle sentenze arbitramentali, nelle quali si concedesse un'ipoteca? Sembra che debbano essere rivestite del decreto giudiziale d'esecuzione: poichè prima di ricevere questa forma, esse non sono più che un atto privato. Con Troplong (4), Grenier (5) e Merlin (6) diremo adunque che per esse non si può prendere iscrizione, se non quando il giudice abbi loro impresso la qualifica di atto proveniente dall'autorità pubblica,

(1) Veggasi la parte prima dalla prefaziona alla giurisprudenza pratica del notaro, dell'esimio D. Francesco Sormani.

(2) Però sarebbe nullo quell' atto notarile che fosse stato redatto da un notajo fuori del circondario assegnatogli, perchè allora cessa d'essere pubblico ufficiale. Merlin. Repert. v. hypotheque, sect. 1 § 5, n. 5. Granier, hypoth. p. 19.

(3) L'art. 56 della Ordinanza 2 aprile 1825 dell' Appallo lombardo, ossia del Decreto aulico 4 marzo 1825, prescrive che si deve intimare alle parti una copia autentica della convenzione giudiziale, che deve servire per l'iscrizione nei libri ipotecari, in quanto la convenzione si estende a realità.

(4) *des priv. et hyp.* num. 449.

(5) *hypotheque.* num. 205.

(6) *quaestions. de droit.* verbo. *hypoth.*

ossia da giudizio o da semplice omologazione. Il che risulta anche indirettamente dall'articolo 2122 del Codice Napoleone (1), e direttamente dal § 355 del vigente Regolamento giudiziario, ove si prescrive che l'esecuzione del giudizio arbitramentale si dovrà sempre ricercare presso al giudice ordinario, e il giudice arbitramentale non dovrà arrogarsi la facoltà di accordare qualunque siasi esecuzione. Quindi non potrebbe la decisione dell'arbitro ricevere una forma pubblica sufficiente, ove egli l'avesse depositata e confermata presso un notajo; perchè resterebbe sempre a chiedere, e non si potrebbe affermare che quella decisione sia *operativa* per sè sola senza l'*autorità* o *delle parti* o del *giudice* (2).

Le decisioni dei giudici, e gli atti notarili, ossia le di loro firme non possono essere conosciute immediatamente da tutti e in tutti i luoghi, ma solamente nel rispettivo circondario del loro ministero. Quando perciò abbisognasse di produrre i loro atti ad ufficii ipotecarj situati fuori della loro giurisdizione territoriale, distinguiamo se debbano essere spediti all'estero, o presso diverse provincie di questo Regno. Se devono essere spedite all'estero, la Circolare 22 marzo 1816 del Governo lombardo prescrive, che le firme di ogni atto giudiziario, che non sia spedito all'estero con lettere sussidiarie, come quelle dei giudici di pace (3), dei pubblici notaj e dei conservatori delle ipoteche, saranno prima vidimate dal tribunale di prima istanza del circondario, poi dal tribunale d'appello, indi dal governo. Quelle dei tribunali di prima istanza e degli ufficii dipendenti dal tribunale d'appello, saranno vidimate dal tribunale d'appello, poi dal governo.

Se devono essere spediti agli ufficii di altre provincie del Regno, le decisioni e convenzioni giudiziali di una prima istanza dovrebbero essere autenticate dal tribunale superiore, al quale ella è immediatamente soggetta, e ulteriormente anche dalla terza istanza, se la provincia ove si deve praticare l'inserizione non è soggetta alla seconda istanza (4). Gli atti notarili devono essere autenticati dal tribunale di prima istanza o dalla pretura forese, secondo che dimorano nella giurisdizione dell'uno o dell'altra (5), ed indi dal tribunale d'appello, se ha giurisdizione nella provincia alla quale quegli atti s'inviano.

Parimenti la sovrana Risoluzione 22 maggio 1847 (6) stabilì, che li ufficii ipotecarj del Regno lombardo veneto debbano ricevere come autentici i documenti legalizzati da un I. R. Auditorato, senz'alcuna altra omologazione o conferma da parte delle autorità civili o militari. Queste le-

(1) Al quale è conforme l'articolo 2180 del Cod. Albertino, l'articolo 2177 del Codice di Parma, l'art. 2009 Cod. napoletano, l'articolo 123 o. 2. del Reg. legisl. Gregoriano, l'articolo 67 n. 2. del motoproprio toscano, l'art. 2176 del Cod. estense.

(2) Grenier, loc. cit. n. 205.

(3) Che ora più non esistono.

(4) Dispaccio 22 dicembre 1831, n. 27681, e 2 giugno 1832, n. 11575 della Cancelleria aulica unita; Notificaz. 14. luglio 1832 de' Governi di Milano e Venezia.

(5) Circolare dell'Appello lombardo 11 luglio 1815 num. 7403-549.

(6) Notificata dai Governi di Milano e di Venezia il 15 novembre 1847.

galizzazioni dovranno però essere munite della sottoscrizione dell'auditore, indicante in caratteri chiaramente leggibili il nome, cognome e carattere del medesimo, non che il reggimento, corpo od ufficio al quale trovasi addetto, ed inoltre del sigillo d'ufficio completo e chiaro.

4. In virtù del suddetto articolo 8 della Notificazione 16 marzo 1816 e del § 170 del Regolamento giudiziario, anche gli atti amministrativi possono essere efficaci titoli ipotecarj, poichè sono pubblici ed autentici. Anche nella giurisprudenza francese, secondo che ci attesta Grenier (1), l'ipoteca può risultare da qualunque obbligazione assentita davanti ad un funzionario pubblico, al quale le leggi o il governo avessero conferita la missione di ricevere degli atti obbligatorj in certi casi determinati. Quel funzionario diviene allora competente per imprimere nel documento d'obbligazione la stessa autenticità che potrebbe essere impressa da un notajo, e quindi per costituire un'ipoteca sui beni dell'obbligantesi. Gli ufficiali pubblici che hanno ricevuto siffatte attribuzioni, ottengono con ciò stesso una capacità accidentale, affatto particolare in quei tali negozii: a differenza de' notaj che l'hanno generalmente in tutti gli affari. (2)

Noi torremo di mezzo quest'ultima distinzione quando si trattasse di atti amministrativi, ossia di ordinanze del Governo o delle Delegazioni provinciali, la cui sfera d'azione è estesissima, e quindi non si può dire limitata ad un dato genere d'affari, ma soltanto a quelli che sono conchiusi nella sfera d'azione amministrativa. Il disposto adunque del § 170 del Regolamento giudiziario loro imprime il carattere di atto pubblico, colla sola condizione che l'autorità amministrativa nella conchiusione di quei negozii non sia uscita dalla sua competenza (3).

Che diremo degli atti conchiusi dalle amministrazioni degli stabiliment pubblici di culto, d'istruzione, di beneficenza, ai quali o dalle leggi organiche o dall'autorità tutrice fossero state autorizzate? Dividiamo l'opinione del succitato Grenier (4), che cotali atti non abbiano di loro natura una migliore autenticità degli atti privati, e che per essere inscrivibili all'ufficio delle ipoteche debbano essere rivestiti d'una forma di pubblica fede.

Nell'amministrazione dei municipj, gli atti d'ufficio portanti convenzioni in oggetti municipali ed eretti coll'intervento del podestà, di un

(1) Grenier, *hypot.* num. 9. a 10.

(2) Il Reg. legislativo gregoriano, art. 124, accorda l'ipoteca generale soggetta all'iscrizione (art. 131) alle deliberazioni dei dicasteri che hanno podestà di decidere le controversie amministrative, quando sieno rese esecutorie dal tribunale civile; e all'art. 125. n. 1 alle ordinanze esecutive della mano regia competente al pubblico erario ed ai comuni; nel seg. art. 125, si appajano agli istromenti pubblici gli atti o processi verbali di delibera dei dicasteri amministrativi delle provincie e dalla capitale, estesi, sottoscritti ed approvati a norma dei particolari regolamenti.

(3) Questa deduzione ha sciolto presso di noi la quistione agitata tra i francesi, come si vede in Troplong *des priv. et hyp.* num. 505 bis.

(4) Grenier *hypothèque* num. 1

assessore e del segretario (1), sono inscrivibili agli ufficii delle ipoteche senza il bisogno dell'autenticazione della firma per parte di notajo o di giudice, come fu dichiarato nell'aulico Decreto 12 gennajo 1827 del Senato lombardo veneto del supremo tribunale di giustizia (2).

Nell'amministrazione dei comuni, gli appalti tanto delle rendite quanto delle spese, ed in generale di qualunque opera a carico del comune si tengono sempre alla presenza dei deputati coll'assistenza e rogito del cancelliere (3): in questi atti potrebbesi stipulare delle ipoteche a carico dei privati che si obbligano verso il comune. Ora la Circolare 9 marzo 1818 del Governo lombardo (4) dichiara, che la firma dei cancellieri censuarj suddetti fosse valevole per l'iscrizione, presso gli ufficii delle ipoteche, degli atti che costituiscono un titolo ad ipoteca nell'interesse dei comuni medesimi: e questo in conseguenza delle governative disposizioni 16 marzo e 12 aprile 1816, non che delle prescrizioni del vigente Codice, e del Regolamento del processso civile; in conseguenza cioè del principio che noi abbiamo posto superiormente: che gli atti delle autorità in oggetti del loro ufficio hanno il carattere di documenti pubblici.

**5.** L'articolo 2128 del Codice Napoleone statuisce che » i contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca sui beni esistenti nel Regno, quando però non vi sieno disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche o nei trattati. » (5)

Questa disposizione non è nè conforme alle leggi austriache, nè sembra che sia colla debita precisione e verità formulata. La critica che noi faremo a questo aforismo, ci presterà occasione di apprezzare il differente principio accreditato nella legislazione vigente.

Finchè si stabilisce che le autorità nazionali non debbano intromettersi per la conservazione e la tutela dei rapporti giuridici contratti tra forastieri, sotto un certo riguardo non sarebbe cosa incompatibile coi doveri della ragione sociale che ai soli cittadini provvede; poichè le magistrature giudiziarie sono istituite per l'applicazione delle leggi civili, e queste furono bandite per regolare i privati rapporti degli abitanti dello stato; § 1 Codice civile Austriaco. Ma nei rapporti internazionali, e nell'inte-

(1) Come importa l'art. 148 delle istruzioni sulla amministrazione comunale 12 aprile 1816.

(2) Circolare del Governo lombardo 30 gennajo 1827 n. 1057-327.

(3) Art. 80 delle sudd. istruzioni 12 aprile 1816.

(4) Colla quale sono identiche la Circolare d'Appello lomb. 27 febbrajo 1818, e la Notificaz. gov. veneta 9 marzo 1818.

(5) Cui corrisponde l'art. 21. del Regolam. 19 aprile 1806. Vi corrisponde anche l'art. 112 del regolamento legislativo gregoriano, l'art. 71 del motuproprio toscano, l'articolo 2182 del Cod. estense, l'art. 2182 del Codice di Parma. Eppure nel precedente articolo 2170 si dispone che l'ipoteca tanto legale, quanto giudiziale o convenzionale, possa acquistarsi anche da forastieri. Il forastiero che si trova accidentalmente nel Ducato può acquistare una ipoteca: un cittadino parmense che si trova all'estero nol potrebbe.

resse del commercio saria pur utile che le autorità medesime si prestassero qualunque volta abbisogna, e s'interponessero nelle querele dei forastieri, e dicessero il diritto della equità naturale sopra fatti e convenzioni seguite all'estero (1).

Ma queste considerazioni non sono gran fatto influenti nella materia proposta, perciocchè i contratti di ipoteca fatti all'estero da forastieri o nazionali, sebbene dovessero colpire dei beni territoriali situati nel Regno, e sebbene siano stati costituiti dal forastiero, furono però concessi dal *proprietario* de' medesimi: di conseguenza la quistione se il forastiero o il nazionale abitante all'estero, e proprietario di beni stabili situati nel Regno, possa con un contratto fatto all'estero obbligare od alienare quegli stabili, è questione subordinata a questa più semplice: se il forastiero, o il nazionale dimorante all'estero, possa avere la libera proprietà dei beni situati nel Regno, e conservi la libera disponibilità dei medesimi, anche per atti e transazioni conchiuse fuori dello Stato.

Nessuno dubitò che alloraquando al forastiero è conceduto di avere la proprietà di stabili, non abbia con ciò stesso tutti i diritti e le facoltà del proprietario: e tale rimanga in qualunque luogo s'aggiri, con qualunque persona contratti. Si tenga adunque calcolo di questi due termini correlativi: o il forastiero è proprietario di beni nazionali, e gli si conservi il diritto del proprietario, di disporre della proprietà sua in qualunque luogo e tempo e modo gli piaccia: o gli si niega il diritto di ipotecare i suoi beni, e gli si tolga anche il diritto di dominio. Si tratta del cittadino che concede un' ipoteca al forastiero? La cosa non è più difficile. Nessuna legge proibisce al cittadino proprietario di concedere anche delle ipoteche sulla proprietà sua.

I contratti fatti all'estero sono validi, in quanto sono legittimati dal diritto del proprietario: ma il contratto di ipoteca oltre a quella sua validità intrinseca, deve avere una forma autentica: deve cioè apparire in guisa tale, che presso le autorità e gli ufficii ipotecarj nazionali non lasci una minima ragione di dubitare che sia supposto.

Tutta la quistione si riduce adunque a ciò: che i contratti fatti all'estero, e rivestiti d'una forma autentica per l'estero, non hanno ancora una forma autentica producibile come tale presso le autorità e gli abitanti del Regno.

Dunque l'articolo 2128 del Codice Napoleone è di inesatta dizione in quanto che lascia supporre che i contratti fatti all'estero non siano idonei a conferire ipoteca sui beni situati nel Regno, per il motivo che non si potesse affatto contrattare all'estero ed ivi disporre della proprietà si-

(1) Nei §§ 33-37 del Codice civ. aust. si aprono i tribunali austriaci alle querele degli esteri anche per affari conchiusi all'estero e solo tra forastieri. Così in tutte le nazioni civili, cominciando dai Pretore peregrino di Roma ai giorni nostri la legge civile fu pure protettrice dei forestieri, in più o meno estesi limiti.

tuata sul Regno, e non per il più semplice e più vero motivo che quei contratti non possano avere una forma autentica nel Regno.

Ma ciò che più importa questa disposizione è altamente improvvida, perchè toglie ai nazionali abitanti all'estero il modo di fare prestiti ipotecarj, non prescrivendosi il modo di autenticarne le convenzioni.

Questo è un grave imbarazzo, e dovea essere accusato dal francesi giureconsulti. E l'accusarono difatti, ma tanto debolmente, che quasi si può dire che il commendassero: poichè dicono che un simile contratto non possa strettamente valere, perchè l'ipoteca è di Diritto civile, non di Diritto naturale. Col che sosterrebbero che il cittadino portandosi all'estero, comunque munito di passaporto regolare, perda la qualità di cittadino (1).

Merlin (2), Grenier (3) e Troplong (4) professando questa opinione, talvolta confondono la non efficacia del contratto fatto in paese forastiero, colla non autenticità del medesimo; e talvolta concedendo che un simile contratto, come contratto ed obbligazione sia sacro e rispettabile dovunque, e che il contratto che è autentico di fuori, sia pure autentico nel Regno, e soggiungendo che questa autenticità sia bensì di *credito*, ma non di autorità o di *potere*: manifestamente dimostrano di non vedere, come sembrava a tutta prima che vedessero, come l'obbligazione ossia il titolo dell'ipoteca non dipende già dall'autorità forastiera o nazionale ma dal contratto stesso: che l'autorità pubblica non v'aggiunge altro che la prova, la dimostrazione, la forma estrinseca, e non è affatto imperativa e causale nei contratti. Ciò che si richiede in ogni contratto in ogni titolo di ipoteca, è la forma autentica. I contratti autentici e pubblici in una nazione, non lo sono nell'altra, per il solo motivo che tutti e singoli i magistrati o gli abitanti d'un paese non possono nè debbono conoscere l'autenticità di firme esarate da autorità forastiere.

Dunque ambedue gli estremi sono erronei: è falso che un contratto fatto all'estero non possa essere causa di ipoteca sui beni del Regno: è falso che i documenti che sono autentici all'estero, meritino fede e credenza pubblica in patria.

Conduciamo adunque questa più vera e nitida conclusione, che costituisce il principio della legge austriaca del § 170 del Reg. giudiziario, che cioè i contratti fatti all'estero debbano valere come fossero rivestiti di forma autentica, quando apparissero scritti da persone, che sieno ivi specialmente autorizzate alla edizione de' pubblici documenti d'uffizio, e fossero autenticate, secondo la consuetudine del paese, ossia, come importa la Circolare 12 aprile 1810 del Governo di Milano, fossero lega-

(1) Chiesi, *sist. ipot.* num. 728, molte in maggior rilievo i difetti di questo articolo.

(2) Merlin, *Repertoire*, v. *hypoth.* sect. 1. § V. n. 12, 15.

(3) Grenier, *hypothèque*, num. 12-16.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 511-512.

lizzati dall' I. R. Ambascieria o dal Consolato austriaco residente nel luogo della loro provenienza.

L'erroneità dell' opinione dei suddetti giureconsulti si fa vieppiù evidente in ciò che mettono a fascio cose disparatissime, quali i contratti che in antico si facevano e che per la sola forma autentica, non per un titolo espresso, importavano *ipso jure* un' ipoteca generale sui beni del debitore, e le moderne contrattazioni di ipoteche veramente convenzionali e speciali. Allora si potea dire, per esempio, che se un notajo di Piemonte rogava un contratto qualsiasi, questo atto autentico importasse l' ipoteca generale sui beni esistenti nel Piemonte, e non già in Francia o in Lombardia; perchè o la legge civile del Piemonte, o l'autorità de'suoi magistrati, non poteano *creare* ipoteche fuori del territorio ove imperavano: ma nei tempi moderni non è più nè la legge, nè il magistrato che crea le ipoteche tacite, in virtù della sola forma autentica dell'obbligazione creditoria: non ci sono di convenzionali che le ipoteche espresse, e queste sono create dal *proprietario*, e come tali sono operative sulla *proprietà* in qualunque luogo si trovi.

Le convenzioni adunque che il proprietario ha fatto all'estero, sono operative sulla proprietà che egli possiede nel Regno: solo abbisognano d'essere autenticate in modo che sieno riconosciute dalle autorità nazionali; epperciò la legge di Piemonte ha saggiamente rimediato nell'art. 2188 del Codice albertino allo sconcio della legge francese, soggiungendo alla disposizione dell' art. 2128 del Codice Napoleone l' indicazione d'un modo di autenticare e rendere operativi i contratti fatti all'estero: « i contratti però ricevuti dai regi consoli avranno rispetto all'ipoteca la stessa forza di quelli ricevuti dai notai dello Stato. »

Nel regno delle due Sicilie invece si adottò quest' altro parziale provvedimento (art. 2014 del Cod. civ. di quel Regno): i contratti fatti in paese straniero con atto autentico, secondo le leggi del luogo, possono produrre ipoteca sopra i beni esistenti nel Regno, allorchè fattone l'esame dal tribunal civile della provincia o della valle, inteso il pubblico ministero, con sentenza ne sarà ordinata l'iscrizione.

E fin' anco nel progetto ventilato all' assemblea legislativa francese del 1850 fu vinta questa disposizione, come emendamento al progetto Vatimesnil: gli atti autentici passati in paese straniero secondo la forma del paese non possono conferire ipoteca sopra i beni di Francia, se non in quanto furono legalizzati dagli agenti diplomatici della Francia all'estero, e verificati dal presidente del tribunale ove sono situati i beni (1).

Però la legge austriaca ha sanzionato un provvedimento ancor più liberale: perciocchè non esige nemmeno all'accettazione dei contratti fatti all'estero che sieno *ricevuti* dagl' II. RR. Consoli; ma s'accontenta che gli atti e contratti autentici per l'estero, divengano autentici pel Regno,

(1) Moniteur univ. 1850 26 dicembre 1850, n. 360.

quando fossero legalizzati dall'I. R. Ambasciata o dal Consolato austriaco residente nel luogo della loro provenienza, secondo che dissimo colla Circolare 12 aprile 1816 del Governo di Lombardia.

Che anzi dalla Notificazione dello stesso Governo del 25 novembre 1837 fu dichiarato che gli atti notarili e gli altri pubblici documenti eretti in Francia, ricevono la pubblica fede in Austria, quando fossero legalizzati dall'Ambasciata francese in Vienna, o da un Console francese riconosciuto dal Governo austriaco.

**8.** Ci rimane a vedere quali cose debba contenere il titolo ipotecario nella sua forma autentica. Imperocchè esso titolo si compone di varj ingredienti, che esaminammo singolarmente nei §§ componenti questo Capo, che abbiamo condotto a fine; e questi ingredienti devono tutti più o meno figurare nella scrittura del titolo: senza di che fallirebbe allo scopo suo, e gli sarebbe denegata la iscrizione nei pubblici registri, o inscritto che fosse, produrrebbe piuttosto un fantasma che non la realità del diritto ipotecario.

Il titolo, ossia la scrittura autentica, nella quale si concede l'ipoteca, sia che emani dall'autorità giudiziale, ovvero discenda dal libero consentimento delle parti, deve contenere tutti gli elementi dell'iscrizione (1); ma questa proposizione abbisogna che sia trattata secondo le seguenti spiegazioni.

Incominciamo dal credito, che è il soggetto dell'ipoteca.

Abbiamo veduto nel Capo antecedente come può essere l'obbligazione principale perchè sia valida: abbiamo veduto nel § XVII del presente Capo, che nell'interesse della specialità del nostro reggime ipotecario, la legge prescrive non solo la indicazione generica del credito, ma eziandio la determinazione del suo valore. Prima di tutto osserviamo che non è necessario che il titolo creditorio sia redatto in una stessa scrittura autentica assieme al titolo ipotecario. Il titolo creditorio può essere anteriore, ed apparire anche da scrittura privata, purchè faccia fede contro il suo autore (2): ma ne deve essere fatta menzione nel titolo ipotecario, senza di che questo sarebbe nullo per difetto di causa civile dell'ipoteca. Il che risulta dalla dispositiva speciale dell'articolo 2132 del Codice Napoleone, ossia dal nostro § XVII. Ed è degno di speciale rimarco questo avvertimento, per quello che vedremo sotto il § XXV num. 1 e 7 ai quali rimettiamo il lettore.

Esige la legge anche la determinazione del credito. Nel suddetto § XVII ponemmo che non fosse necessario di determinarlo nel titolo autentico ipotecario, quando di sua natura fosse condizionale ed indeterminato: che

(1) *Mutatis mutandis*, vedasi Troplong, *des priv. et hyp.* n. 513.

(2) Merlin, *Repert.* v. *hypotheque* sect. 2. § 2. art. 6. num. 4. Troplong; *des priv. et hyp.* n. 509.

però si potesse ciò fare in un atto posteriore. Disputano gli interpreti francesi se questa posteriore determinazione debba farsi in un atto autentico, piuttostochè in iscrittura privata, od anco nelle stesse note che si presentano per l'inscrizione. Persil (1) e Merlin un tempo (2), sebbene avesse poscia cangiata opinione (3), stimarono che si dovesse fare per atto autentico. Ma Grenier giustamente osservò che nell'attuale sistema di pubblicità i terzi non possono essere danneggiati da alcuna frode, essendo avvertiti dall'iscrizione: a differenza del tempo antico in cui in mancanza di iscrizione abbisognava che si impedisse la supposizione e l'aumento dei crediti ipotecati (4). E Troplong soggiunge « l'iscrizione ha fatto conoscere ai terzi l'atto autentico che è causa efficiente dell'ipoteca: essi hanno potuto apprezzare l'importanza delle obbligazioni assunte dal debitore. L'iscrizione ha loro fatto conoscere la somma massima dei capitali accreditati. Di qual diritto esigeranno essi maggiori dettagli? Essi hanno dovuto ritenersi avvisati da questi documenti, e non ponno meritare attenzione se criticano atti i quali, prima di contrattare col debitore conobbero, e debbono rispettare: eccetto il caso che potessero provare la frode » (5).

Veniamo alla proprietà, che è la materia del diritto reale di pegno. Niuno si imaginò mai che nel titolo ipotecario si dovesse documentare la proprietà: ma che solo si deve indicare la cosa, che è oggetto della proprietà e dell'ipoteca. Richiamo qui l'attenzione al § XVIII del presente Capo, ossia all'articolo 2129 del Codice Napoleone, ove si dice che il fondo da ipotecarsi debba essere specializzato, sia nell'atto autentico costitutivo del credito, sia in un atto autentico posteriore: vuolsi adunque che questa designazione sia fatta in un atto autentico. Ma potrà farsi in tutt'altro atto autentico, che non sia insieme il titolo ipotecario, ossia quell'atto in cui si concede l'ipoteca? A me non sembra che si possa; perchè la concessione dell'ipoteca sarebbe una promessa indefinita e senza oggetto.

Il titolo ipotecario deve essere fatto per atto autentico, e contenere la designazione speciale del fondo che si vuole sommettere all'ipoteca, e la indicazione del titolo creditorio.

Ma questa concessione può essere fatta dal debitore mediante un suo procuratore. Ora la procura deve ella inserirsi nel titolo in forma autentica? E nel caso che fosse stata inserita in iscrittura privata, la iscrizione presa sarà dessa efficace e preferibile al posteriore creditore, che ricevette la stessa ipoteca dallo stesso mandante? La Corte francese di cassazione il 27 maggio 1819 decise che non facesse difetto la inserzione del mandato per iscrittura privata: adducendo a motivo che la legge vuole bensì che l'atto costitutivo dell'ipoteca sia autentico; ma che sono due

(1) Persil. *Reg. hypothécaire*, articolo 2114 num. 3.

(2) Merlin. *Questions de droit* v. *hypothèque*, § 3.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 477.

(4) Grenier, *hyp.* num. 27.

(5) *Des priv. et hyp.* n. 508.

cose distinte il mandato a costituire l'ipoteca, e l'atto costitutivo della medesima. Il mandato può farsi per legge con iscrittura privata: e la legge che parla del titolo ipotecario, non deroga a ciò che dispose nel mandato. Questa decisione viene approvata da Troplong, e confermata nei giudicati che egli riferisce (1). Mi sembra però più accettevole la contraria opinione di Merlin (2) e di Grenier (3), il quale scrive « non si dee perdere di vista che gli articoli 2127 e 2129 del Codice civile esigono imperiosamente che l'ipoteca sia stabilita con un atto autentico. Ella è di Diritto civile, emana dalla pubblica podestà, e non può risultare che da un atto sanzionato da un pubblico ufficiale, che ricevette dal Sovrano il potere di conferire l'autenticità. L'ipoteca deve dunque non tanto derivare dalla contrattazione del procuratore, quanto dallo stesso mandato speciale. In riguardo agli articoli del Codice civile relativi alla forma del mandato, si vede tosto che bisogna coordinarli con quelli dello stesso Codice, che sono relativi alla costituzione dell'ipoteca, alla quale non pensavano ancora i compilatori del capitolo sul mandato. Egli è dunque assai più conforme ai principii che l'affettazione speciale d'ipoteca si faccia piuttosto nell'atto autentico della procura, e che il procuratore rinnovi questa stipulazione, in esecuzione del mandato, ed in assenza del mandante. » (4)

E di vero: l'autenticità del titolo ipotecario a quale scopo si richiede dalla legge? Certo per constatare la verità e i termini precisi della concessione dell'ipoteca per parte del debitore. Or bene: non s'eluderebbe la legge, quando fosse lecito di erogare un titolo autentico anche all'insaputa del debitore? Un falso procuratore non potria con tutta agevolezza ipotecare i beni di chicchesia?

Nel titolo, ossia nell'atto di concessione di ipoteca, quali termini si debbono usare? Qualunque, purchè da essi traspiri il consenso del concedente: come importa il § 863 del Codice civile austriaco, e la consuetudine degli antichi (5). Quindi crediamo che non si possa esigere da noi la *clausola intavolandi*, ossia l'abilitazione concessa dal costituente al creditore di chiedere l'iscrizione: perchè quella disposizione è speciale al sistema tavolare, allo scopo singolare avvertito da Winiwarter (6), che il venditore dello stabile rifiutandosi a quella concessione possa riservarsi la proprietà, ed impedire la intavolazione e quindi l'alienazione, finchè avesse l'acquirente sborsato il prezzo d'acquisto. E di vero altro è il titolo della vendita, altro è la tradizione della cosa venduta. Ma nel

(1) *Des priv. et hyp.* num. 510. Persil, art. 2127 n. 6. Battur. hyp. tom. 4. n. 167. Delvincourt, t. 8. p. 80. n. 6. Villargues, v. *hypothèques*. p. 137.

(2) Repert. v. *hypothéque*, sect. 2. § 3, art. 6.

(3) *Hypotheque*, num. 68.

(4) Così conchiude anche Chiesi *sist. ipot.* num. 719

(5) M. Merlin, *de pignor*. lib. 2. tit. 3. quæst. 94. Fabro in Cod. lib. 8. tit. 7. def. 7. Donell. *de pign*. cap. 6.

(6) Diritto civ. aust. vol. 2. § 124.

contratto di pegno l'oggetto unico ed immediato è l'imposizione del diritto reale: e senza l'immediato ottenimento di esso, il contratto non avria alcun valore giuridico per il creditore. La facoltà dell'iscrizione è dell'essenza e quindi è sottintesa nella stessa concessione del titolo.

Da ultimo avvertiamo con Grenier, che bisogna usare attenzione a ciò: che se nell'atto costitutivo dell'ipoteca si lascia di far menzione, o si fa una menzione inesatta dei requisiti di legge, non si potrebbe supplire l'irregolarità nelle note della successiva iscrizione (1). Nel Diritto austriaco però si potrebbe rimediare colla prenotazione, della quale tratteremo nel Capitolo ultimo di questa Parte prima.

(1) Grenier. *hyp.* num. 86.

---

# CAPO TERZO

## DELL' INSCRIZIONE IPOTECARIA.

### § XXII.

Per acquistare realmente il diritto di ipoteca, deve il creditore avente titolo far inscrivere il suo credito sui registri del Conservatore delle ipoteche, nei modi prescritti dalla legge.

*Arg. dai §§ 451 e 1368 del Cod. civ. aust.*
*e dagli art. 2113, 2115, 2134 e 2166 del Cod. civ. franc.*

**SOMMARIO.**

1. Della pubblicità dell' ipoteca mediante i registri pubblici.
2. Quale sia lo scopo dell' iscrizione secondo la legge austriaca.
3. Del principio pratico dell' iscrizione adottato nella giurisprudenza francese in riguardo ai creditori chirografarii e al terzo possessore.
4. Della quistione cagionata dall' art. 834 del Cod. francese di procedura civile. Si nega che in ogni caso i creditori ipotecarii del venditore potessero inscriversi nei 15 giorni successivi alla trascrizione. Quella prescrizione valeva soltanto nel caso della purgazione forzata delle ipoteche in seguito ad una vendita volontaria. Ma non richiamava la legge del brumale, nè rivocava il superiore principio.
5. Attuazione pratica e generalizzazione di esso principio: ossia dell' abolizione progressiva delle ipoteche occulte e generali.
6. Un titolo d' ipoteca tacita generale, vigente prima della legge austriaca, era egli operativo anche sugli acquisti posteriori alla promulgazione di questa, senza l' iscrizione? Esame d' un giudicato.
7. Esame d' un secondo giudicato.
8. Deduzione pratica del principio generale se si può supplire al modo dell' iscrizione con altri modi di cognizione. Remissive.

**1.** A qualunque diritto reale, perchè sia efficace nell' attrito dei civili negozii, non basta l'essere costrutto di tutti gli elementi necessarii alla sua intima essenza. Per opporsi all' interesse contrario degli altri cittadini deve avere un' estrinseca dimostrazione, un' apparenza obbiettiva; perchè essendo egli la legge della persona sulla cosa, deve essere sopra di essa promulgata, affinchè tutti la rispettino, comunque sieno allratti dall' utilità materiale della cosa stessa.

Noi abbiamo discorso fin qui della nozione fondamentale dell' ipoteca e de' tre elementi de' quali si compone, vale a dire dell'obbligazione principale, del titolo e della proprietà. Ma avanti di passar oltre a conoscere della sua efficacia, dobbiamo intrattenerci di questa necessità intermedia tra l'essenza e la virtualità di questo diritto reale; dobbiamo parlare della sua forma, per cui fin dal suo nascimento si appalesa nel mondo giuridico.

Già più volte abbiamo avuto occasione di osservare come quasi tutto il progresso storico, che il Diritto ipotecario ha ottenuto, consiste nell'invenzione del miglior sistema che realizzi questa necessità intermedia. Conciosiachè questa forma estrinseca, questo modo qualunque di pubblicità costituisca la vera forma civile d'ogni diritto reale: senza di essa nessun diritto reale potria darsi, che non cagionasse degli inconciliabili dissidii tra diversi pretendenti alla cosa stessa, per cagione dell'occultezza della sua vera condizione giuridica. Questa sistemazione, in quanto si riferisca alla prova dell' ipoteca o degli altri diritti reali sulle cose immobili, non può essere procacciata se non per via d'una pubblica instituzione, di pubbliche tavole, di pubblici libri, accessibili a chiunque, e idonei a dare una sufficiente e compiuta cognizione della condizione giuridica della proprietà fondiaria.

Vedemmo pure nell'Introduzione con qual graduato procedimento sia pervenuta la giuridica dall' occultezza del Diritto romano alla limitata pubblicità del reggime ipotecario francese, e d'altra parte alla perfetta sistemazione delle tavole germaniche. E dovendo noi trattare della pubblicità del nostro sistema ipotecario, secondo i metodi vigenti in questo Regno lombardo veneto, dobbiamo soffermarci pur nostro malgrado a mezzo il cammino del progresso civile operato in questa età, e tratteggiare lo stato di transizione legislativa in cui versiamo.

Però comunque sia deplorabile questo stato di transizione, vogliamo lusingarci che non ci sarà troppo dura fatica lo constatare il principio generale che alla pubblicità ipotecaria presiede. Avvegnachè comunque esso non sia per noi perfettamente attuato, e una profonda discordanza di opinioni ne impedisca la spontanea accettazione nella giurisprudenza transitoria francese, e in quelle che da quella derivano; tale e tanta però è la sua luce, che da questo medesimo stato di transizione con maggior impeto sgorga e seco trae invincibilmente la persuasione. La stessa varietà istorica del sistema ipotecario, in quanto cospira alla compiuta soluzione del teorema economico che ne è la radice, lungi dallo sgomentare col dubbio la comprensione delle sue leggi organiche, maggiormente l'assoda e l'avvalora; perocchè nella varietà non vede altro che un successivo sviluppo, nella generalità dei principii una vicina maturanza, nella semplicità dell'insieme l'ultima perfezione del sistema.

I latini giureconsulti, dai quali ripete l' incivilimento moderno i più robusti veri giuridici, non tradussero perfettamente quel concetto econo-

mico, ma cominciarono ad innestarlo nell'albero del Diritto civile, imaginandolo con meravigliosa precisione e con larghe dottrine ne' suoi primi tre elementi costitutivi: il credito a cui è forma, il titolo che lo determina, la proprietà sulla quale aderisce. Ma l'opera loro creatrice cessò nell'atto di rivestire questo prodotto della forma civile, nell'atto che questo diritto individuale dovea assumere un'esterno involucro, onde resistere e adattarsi alla coesistenza degli interessi contrarii.

Lo sviluppo del sistema dopo l'intermittenza di molti secoli, ridestossi nella vita operosa del nostro secolo. Fu sviluppo dell'antico: non una nuova creazione; il pensiero sottostante era l'identico: lo stesso teorema economico ne costituiva la tesi fondamentale. In questo sistema, come in molti altri la giuridica moderna lesoreggia sull'antica sapienza: come non ripudia le suggestioni nuovissime, le aspirazioni ad un'ordine civile più composto e più perfetto.

La pubblicità del sistema ipotecario è l'opera de' moderni. Più o meno perfetta e utile e rispondente al concetto finale dell'ipoteca, secondo che si estende a tutti i diritti reali fondiarj, o si limita alla promulgazione delle ipoteche, essa rappresenta sempre quella massima necessità intermedia per cui ogni diritto reale, dopo costituito nella sua derivazione legittima, e prima d'essere tratto all'azione, ha bisogno d'essere promulgato. La diversità delle instituzioni non influisce sul grado di questa necessità: quelle possono essere tanti modi diversi di soddisfarvi: ma la necessità è una sola, e indeclinabile; e costituisce un principio fondamentale, che noi veniamo tosto a cercare e a riconoscere colla legge positiva.

**2.** La legge austriaca accurata sempre nella posizione de' principii generali, che facilitano la applicazione alle secondarie disposizioni, nel § 451 del Codice civile ci esibisce appunto quel principio generale di cui diciamo. « *Per acquistare realmente il diritto di pegno deve il creditore avente titolo* prendere in sua custodia la cosa mobile impegnata: *e se la cosa è immobile, deve far inscrivere il suo credito nel modo prescritto per l'acquisto della proprietà di cose immobili. Il titolo solo dà unicamente il diritto personale alla cosa, non già il diritto reale sulla cosa.* » Ed egualmente nel § 1368 dello stesso Codice « *dicesi contratto di pegno* quello col quale il debitore o un altro in suo nome *concede realmente* al creditore il diritto di pegno sopra una cosa, consegnandola se è mobile, *e se è immobile vincolandola col mezzo dei registri delle ipoteche.* Il patto di dare il pegno non costituisce ancora il contratto di pegno. »

Da queste leggi abbiamo desunta la materia del nostro §, ossia il principio che per costituire *la realità* del diritto di ipoteca è necessaria la iscrizione ne' pubblici registri, ossia la pubblica dimostrazione di esso diritto (1). Questo è lo scopo immediato della iscrizione: senza di essa, o

(1) Nippel, *comento* al § 451, n. 1. Cod. civ. aust.

prima di essa non ci ha diritto reale, ma unicamente un diritto personale alla cosa. Tutte le legislazioni che adottarono il sistema tavolare, adottarono ugualmente questo principio: come si ha negli articoli 9 e 10 della legge bavarese 1 giugno 1822, negli articoli 391 e 411 del Codice prussiano, nell'articolo 47 della legge 15 aprile 1825 del Wurtemberg, nell'articolo 1 e 2 del progetto di legge del Canton di Ginevra. E non solo in queste, ma ancora in altre legislazioni, ove si adottò la pubblicità limitata alle sole ipoteche, si ebbe cura di stilizzare in qualche modo questo principio. Il che si vidde per l'articolo 3 della legge francese 9 messidoro dell'anno 3; e fu fatto negli articoli 1 e 16 della legge ipotecaria della Grecia, e negli articoli 1224 e 1225 del Codice olandese; e si può vedere nell'articolo 114 della legge ipotecaria di Romagna colle seguenti parole: *la efficacia* dell'ipoteca, sia legale, sia giudiziale, sia convenzionale.... *incomincia dal giorno della inscrizione nei pubblici libri.* Ed è pure formulato nell'articolo 58 della legge ipotecaria di Toscana ove si dice che l'ipoteca legale, giudiziale o convenzionale, *affinchè ottenga i suoi legali effetti,* si richiede inoltre la sua inscrizione sui registri dei conservatori delle ipoteche nei modi, e come sarà detto; *e senza questa inscrizione l'ipoteca non produce alcun effetto legale,* ed il creditore resta nella condizione medesima dei chirografarj (1).

Ma nel Codice civile francese e nelle leggi italiche che l'attivarono questo principio non si trova in modo conveniente professato. Nell'articolo 2134 dello stesso Codice, e nell'articolo 27 del Regolamento 19 aprile 1806 che vi corrisponde, non si parla che dell'effetto dell'iscrizione in ciò che consiste nell'attribuire *la prelazione,* ossia il rango e il grado ai creditori ipotecarj soltanto dalla data dell'iscrizione. L'articolo 2115 dello stesso Codice importa, che l'ipoteca non ha luogo che nei casi e *secondo le forme autorizzate dalla legge;* ma siccome non vi si distingue se queste forme riguardino piuttosto la redazione del titolo, che la formalità estrinseca dell'iscrizione, epperciò sembrami insufficiente a sancire quel principio: come vedremo per le gravi quistioni che insorsero. La stessa reticenza si osserva negli articoli 2214 e seguenti del Codice albertino, negli articoli 2001 e 2020 del Codice delle due Sicilie, negli articoli 2166, 2167 e 2180 del Codice di Parma: salvochè nell'articolo 2186 si dispone che l'ipoteca deve essere notificata nelle forme e nei termini prescritti dalla legge; ma vedremo tantosto come questa legge abbia mal applicato questo principio.

Il difetto di questo principio cagionò una grande oscillazione nella giurisprudenza francese, la quale si comunica di consenso nella nostra, che le è posta in immediato contatto. Per vedere quindi se il principio formulato nella legge austriaca sia attendibile presso di noi, dobbiamo cercare quale sia il vero stato di quella giurisprudenza, quali

(1) Nel Cod. del Canton Ticino cogli art. 1159, 1160 e 1165 si è pure consecrato nettamente questo principio, comunque il suo sistema sia diverso. v. Introduzione num. 27.

corollarj se ne possano dedurre, e poscia, seguendo colla successione delle leggi il passaggio tra i varii sistemi, vedere della scelta e dell'applicazione di questo vero così importante a tutto il sistema giuridico dell'ipoteca.

**3.** È poi vero che l'iscrizione nel sistema francese produca il solo effetto di attribuire il grado di prelazione all'ipoteca, o non piuttosto di dare a questo diritto la realità, cioè quell'efficacia in confronto ai terzi che ne costituisce l'essenza? Ossia in termini più pratici: l'ipoteca risultante da un titolo, ma non iscritta, potrà ella sussistere contro i creditori chirografarii e contro i possessori dello stabile designato all'ipoteca, ma estranei al titolo creditorio ed ipotecario? Dall'evasione di queste due tesi pratiche dipende pur la soluzione della tesi generale che cerchiamo.

Concorde è la giurisprudenza francese nel ritenere che un'ipoteca non inscritta o nulla per vizio di forma non produce alcun effetto in riguardo ai creditori chirografarj. Tale è l'opinione di Persil (1), di Grenier (2), di Tarrible (3) e di Troplong (4); opinione radicata sull'autorità della Corte di cassazione pronunciatasi coi Decreti 16 dicembre 1809, 11 giugno 1817 (5), e avvantaggiavasi di due ragioni: l'una delle quali consisteva nella tesi generale che pel Codice civile l'iscrizione fosse assolutamente necessaria per l'efficacia dell'ipoteca *contro i terzi*, senza distinzione: l'altra desumevasi dall'articolo 2134 dello stesso Codice, e dell'articolo 520 del Codice di commercio, che dicono in genere, l'ipoteca non inscritta non attribuire prelazione *fra i creditori*: i chirografarii, osservavasi, essere creditori; dunque l'ipoteca non inscritta non attribuire prelazione, non essere efficace in di loro riguardo (6).

Non così facilmente si trattò del secondo quesito, essendo stata turbata l'attenzione nell'interpretare e conciliare due leggi che sembravano repugnanti fra loro, od almeno diverse e derogatorie l'una dell'altra: voglio dire il Codice civile cogli articoli citati e il Codice di procedura coll'articolo 834. Ma questa repugnanza e questa diversità e derogazione scompajono con un diligente cimento analitico; e resta scevro da ogni dubbio la interpretazione accreditata dalle leggi del Codice civile.

In riguardo a queste non esitano gli scrittori e i tribunali francesi a decidere in tesi generale che l'ipoteca non inscritta non sii efficace contro

(1) *Regime hypoth.* art. 2134 n. 1.

(2) *Des hypothèq.* n. 60.

(3) Nel Repertorio di Merlin, V. *inscript. hyp.* § 2, pag. 166, vol. 2. 3.ª edizione.

(4) *Des priv. et hyp.* n. 568.

(5) Grenier, e Troplong, loco citato. Denevers, *Recueil*, an. 1810, pag. 15, an. 1817, p. 297, Dalloz. *Repert* v. *hypotheq.* pag. 265, num. 2. Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription.* sect. 2. n 5

(6) Così fu giudicato colla sentenza 24 ottobre 1848 di una prima istanza lombarda confermata dall' aulica decisione 1 gennajo 1850, contro la sentenza d' appello 26 febbrajo 1849, che però ora fondata sopra una quistione di fatto, se il credito era inscritto in tutto il suo complesso. Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 1. 1851, num. 51.

del terzo possessore, e che il creditore provveduto del nudo titolo ipotecario non può chiederne l'inscrizione, dopo che la cosa è uscita dalla podestà del costituente e de' suoi successori universali, e l'iscrizione indebitamente praticata non sii operativa contro del terzo. A sostegno di questa opinione si allega la stessa tesi generale, che fu adoperata nel caso precedente, che cioè l'ipoteca non iscritta non sii operativa contro i terzi; ed in particolare si adduce in argomento l'articolo 2166 dello stesso Codice civile, secondo il quale, i creditori aventi privilegio od *ipoteca iscritta sopra un immobile,* ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni. Dunque, desumono per induzione dal contrario senso, i creditori che non hanno un'ipoteca inscritta non conservano più alcun diritto, dopo che la cosa è passata nelle mani del terzo. Questa è l'opinione di Grenier (1), di Tarrible (2), di Persil (3), di Locrè (4), di Troplong (5) e di Mourlon (6). E diffatti dice Grenier: « la vendita arresta il corso delle iscrizioni, e non solo di quelle che si sarebbero volute prendere per ipoteche posteriori alla vendita (ossia per titoli posteriori alla vendita), e che quindi si sarebbero volute inscrivere dopo la vendita, ma eziandio dal tempo della vendita non potevasi più inscrivere ipoteche costituite prima della vendita. Ecco l'idea dalla quale si partiva per decidere così. Si suppose che l'acquirente avesse dovuto trattare col venditore, e si fosse determinato a sciogliere il debito del prezzo, in vista delle iscrizioni esistenti o no al tempo dell'acquisto; dimanierachè non si credette più necessaria la trascrizione, come lo era nella legge del brumale, se non come formalità che avea per oggetto di preparare la purga delle ipoteche inscritte (7). » E Troplong pur soggiunge: « L'acquirente che tratta col venditore ha dovuto determinarsi, per pagare il prezzo, mediante lo stato delle iscrizioni esistenti al momento dell'acquisto. Se non vede neppure una iscrizione, egli paga con sicurezza. Se si permettesse che lo si inquieti con ipoteche manifestate posteriormente, sarebbe lo stesso che renderlo responsale ed aggravarlo della negligenza del creditore, il quale tardò ad inscriversi, e si nuocierebbe alla sicurezza e alla agevolezza degli acquisti (8). »

Nello stesso ordine di idee fu giudicato dalla Corte di cassazione francese l'8 maggio e il 16 ottobre 1810, e dalla Corte d'appello di Torino l'11 dicembre 1812 per vendite anteriori alla promulgazione del Codice di procedura (9). Così la Corte d'Angers il 23 aprile 1809, quella di Parigi il 22 dicembre 1809, di Torino il 20 novembre 1820: ed ancora la Corte di cassazione il 13 dicembre 1813 (10).

(1) Grenier, *hyp.* num. 349. 350.

(2) Tarrible, *Repertoire* v. *Inscription. hyp.* § 4, n. 7.

(3) Persil, *Regime hyp.* art. 2166.

(4) Locrè, *Esprit. du Cod. de Proc. civ.* art. 834.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 896-899.

(6) Mourlon, *examen critique au commentaire de M. Troplong sur les privilèges* n. 278.

(7) Grenier, loc. citato.

(8) Troplong, *des priv et hyp.* num. 897.

(9) Grenier, *hypoth.* n. 350.

(10) Troplong, *des priv et hyp.* num. 899, *in notis.*

Anzi lo stesso Governo francese ebbe a decidere in questo senso la quistione, componendo i dispareri insorti tra il ministero delle finanze e quello della giustizia, emettendo l'11 fruttidoro dell'anno 13 la seguente decisione formale: « dopo il Codice civile la vendita per atto autentico basta per fermare il corso alle inscrizioni, anche in riguardo ai creditori anteriori del venditore; l'ipoteca dei quali, non inscritta al tempo della vendita è priva d'efficacia in riguardo al terzo acquirente (1). »

Concludiamo adunque che in ambedue i casi la pratica francese decide: essere necessaria la iscrizione, affinchè l'ipoteca sia *efficace* in confronto ai creditori chirografarj e al terzo possessore. Dal che dedurremo due corollarj, ossia tradurremo quell'aforismo in queste due espressioni, che rendono evidente la identità tra la pratica francese e la disposizione del § 451 del Codice civile austriaco. Diremo perciò: la iscrizione essere necessaria affinchè l'ipoteca sia efficace contro i terzi: e per conseguenza l'iscrizione essere di *essenza costitutiva* dell'ipoteca stessa.

Gli scrittori francesi ci concedono il primo aforismo come legittimato col loro Codice civile: ma ci contrastano il secondo. Noi tesoreggiamo il primo, e rivendichiamo il secondo, come cosa che ci appartiene, come accessorio e conseguenza del principio che ci concedono. Grenier ci offre un abbondante materia nel primo argomento (2). Egli adduce la decisione 11 giugno 1817 della Corte di cassazione, la quale sviluppa la tesi in modo così ricco e compiuto che noi crediamo bene di riprodurla: » considerando, dice ella, che a termini dell'articolo 2092 del Codice civile chiunque è obbligato personalmente è tenuto di adempiere alle sue obbligazioni co' suoi beni mobili ed immobili; che a termini dell'articolo 2093 i beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori, e che il prezzo deve distribuirsi fra di essi per contributo, a meno che non ci siano fra di essi delle cause legittime di preferenza; e che per l'articolo 2094, le cause di preferenza sono i privilegi e le ipoteche: ma queste cause non divengono legittime, se il creditore che se ne prevale, non ha osservate le formalità prescritte *per rendere efficaci in riguardo ai terzi* la sua ipoteca e il suo privilegio; considerando risultare dall'articolo 2113 dello stesso Codice, che l'ipoteca non prende data *in riguardo ai terzi* che dall'epoca in cui fu presa la iscrizione, e che l'articolo 2146 dichiara incapaci di produrre *alcun effetto* le iscrizioni prese nel lasso di tempo in cui gli atti fatti prima dell'apertura del concorso sono dichiarati nulli.....; considerando che nè il Codice civile, nè il Codice di commercio, non dicono in nessuna maniera che la nullità comminata dall' articolo 2146 del Codice civile debba giovare *soltanto* ai creditori ipotecarii dell'oberato; che questa nullità *è d'ordine pubblico*, e per conseguenza *radicale*; che ella è infatti la *conseguenza necessaria del sistema della pubblicità dei privilegi e delle ipoteche*, consacra-

(1) Grenier, Locrè e Troplong, *loc. cit.*

(2) Grenier, *hyp.* num. 60.

to dagli articoli 2134 e 2135, e che è il perno fondamentale della nostra legislazione sul reggime ipotecario: che *l'oggetto* di questa pubblicità è di avvertire tutti quelli che possono avervi interesse a sapere che il pegno è già assorbito in tutto od in parte: dal che consegue che nel caso di non-iscrizione, o di iscrizione nulla, si rientra per legge nelle disposizioni degli articoli 2092 e 2093 ....; (considerando) che l'articolo 520 del Codice di commercio assimila i creditori ipotecarii non iscritti ai semplici chirografarj ..... »

Dalla qual dimostrazione in tesi generale deduce il sullodato giureconsulto che la parola *ipoteca* adoperata nella legislazione ipotecaria, si deve intendere nel rapporto suo necessario coll'iscrizione; senza della quale non saria efficace come ipoteca e non saria veramente ipoteca e per ciò s'argomenta anche dagli articoli 2166, 2161, 2154, 2151, 2183 e 2184 del Codice civile.

Anche Persil abbracciando la somma di queste ragioni insiste specialmente sull'articolo 2135, dal quale risulta non *esistere* ipoteca ***qu'a charge d'inscription***. E dell'articolo 2166 deduce che il privilegio e l'ipoteca non ricevono ***son complément, son efficacité*** che dall'iscrizione; in questa consistere tutto il sistema di pubblicità, che è carattere ***essenziale*** del nuovo reggime: senza di essa non avere il creditore nè preferenza nè alcun diritto di persecuzione reale (*de suite*) (1).

Nè diversa, anzi più esplicita, come al solito, è la dottrina di Tarrible, ove dice: » la formalità dell'iscrizione è necessaria per completare il diritto d'ipoteca. Tutte le discussioni che prepararono il nuovo reggimento ipotecario ebbero specialmente di mira lo scopo di reprimere gli abusi delle ipoteche occulte (2).

E Troplong conchiude nello stesso senso, riproducendo li argomenti dei precedenti (3).

Se questi giureconsulti ci concedono essere necessaria l'iscrizione alla *efficacia* reale dell'ipoteca, perchè non ci concederanno implicitamente che dessa sia, come disse Persil, un complemento, ossia un elemento essenziale costitutivo della medesima ?

Piacemi di riferire qui il giudizio recato dal D. Bosellini, che rappresenta assai bene questa oscillazione di opinioni. » Il Codice francese, dice egli, ondeggiò fra questi due principj. Esso proclamò che la iscrizione era una formalità conservatoria; ma poi col dar grado assolutamente dal giorno in cui fu fatta, col non ammettere scusa alcuna al ritardo, col non dare può dirsi alcuna forza all'ipoteca prima che sia iscritta, si accostò al sistema (germanico) che la esige come forma sostanziale. L'esenzione delle ipoteche legali, la limitata importanza data alla trascrizione, accennano a forme di mera cautela, come prescritte per estrinseche utilità, non per necessario requisito ed essenza. » (4)

(1) *Régime hyp.* art. 2134 n. 1.

(2) Tarrible, nel Repert. di Merlin, v. *Inscription hypoth.* § 2.

(3) Des priv. et hyp. n. 568.

(4) Bosellini *leggi ipotecarie*, Proemio § 117.

E diffatti Grenier (1) e Troplong (2) ammettendo essere necessaria la iscrizione alla efficacia dell'ipoteca, non vogliono che ne costituisca l'essenza; e la stessa legislazione, come la pratica forense, chiamano ipoteca quella che da noi si dice titolo ipotecario: dal che deriva che l'oscurità loro fè scabrose le questioni ora trattate, e per la loro inesatezza di linguaggio si produssero infiniti parologismi e litigi. Noi sosterremo piuttosto che se eglino ci hanno concesso il primo punto, ci debbano concedere il secondo come cosa implicita, come conseguenza necessaria, come diversa espressione di un solo ed identico principio. Imperocchè l'universa giurisprudenza considerò sempre l'ipoteca essere un diritto reale: questa realità esserne l'essenza: e la realità parimenti essere un carattere essenziale di ogni diritto che è virtualmente efficace contro i terzi, ossia *in re sine respectu ad quemlibet personam*. (2) Se l'ipoteca è efficace contro i terzi, è tale essenzialmente almeno in potenza: che se tale non fosse, non si potria annoverare fra i diritti reali: e viceversa se è reale, è essenzialmente efficace contro i terzi. Se a costituire questa efficacia *è necessaria*, (e questo è il primo punto che ci concedono), è necessaria l'iscrizione: questa sarà pur necessaria all'essenza del diritto reale d'ipoteca.

**4.** Ma venne, come si disse, a turbare i sonni dei giureconsulti francesi il loro Codice di procedura civile, nel titolo della subasta per vendita volontaria coll'articolo 834. Per essa la tesi superiormente proposta si sarebbe trasformata nella seguente quistione.

Gli è ben vero, direbbero, che niun diritto d'ipoteca può realmente costituirsi sulla proprietà fondiaria se non in quanto e dal giorno che è regolarmente inscritto. Gli è ben vero che se non è inscritto nel tempo che il costituente è ancor proprietario del fondo designato per l'ipoteca, non può più inscriversi quando il fondo è passato nella proprietà altrui; perchè non essendo l'ipoteca un diritto reale prima dell'inscrizione, non può prima che sia inscritto essere operativo contro i terzi possessori, e tanto meno può inscriversi a loro danno. Ma supponiamo, soggiungono, che si fosse adottato il principio dominante nel sistema della legge del brumale anno VII, supponiamo cioè che la proprietà non s'intendesse trapassata dal costituente nel terzo acquirente, prima che questi avesse praticata la trascrizione del suo titolo d'acquisto: data questa ipotesi, i creditori del venditore potrebbero inscrivere utilmente la propria ipoteca al di lui nome, perciocchè prima della trascrizione il compratore non può opporre ad essi l'acquisto del dominio. In di loro confronto prima della trascrizione costui non sarebbe come proprietario: essi prendono una iscrizione, ottengono un'ipoteca che è valida perchè il costituente venditore si considera in virtù di legge come fosse l'attual possessore e

(1) *Hypoth.* num. 60

(2) *Des priv. et hyp.* n. 266, 567, 646.

proprietario. Prima della trascrizione il venditore è, nell'interesse dei creditori ipotecarj aventi causa da lui, un proprietario con una presunzione *juris et de jure*, con una presunzione che esclude qualsiasi prova in contrario.

Poste queste premesse è facile il comprendere ciò che segue.

Gli è da notare che per gli articoli 2183 e 2185 del Codice civile francese è data facoltà al compratore d'uno stabile di purgare questo dalle ipoteche di cui trovasi affetto (1). A questo fine deve egli praticare la trascrizione del suo titolo d'acquisto: il di cui effetto consiste in ciò, che *qualunque creditore di cui è inscritto il titolo* può chiedere la subasta del fondo venduto, onde provvedere all'indennità del suo credito, offerendo però del proprio un decimo d'aumento sul prezzo della vendita anteriore. Nel Codice di procedura ci ha un titolo apposito per questa subasta, nel di cui articolo 834 si legge: « i creditori, che avendo un titolo d'ipoteca a termini degli articoli 2123, 2127 e 2128 del Codice Napoleone non avessero fatto inscrivere i loro titoli anteriormente alle alienazioni che in futuro potessero farsi dei beni ipotecati, non saranno ammessi a domandare che vengano, di conformità al disposto del capo VIII del titolo XVIII del Codice Napoleone, posti all'incanto, se non giustificheranno di avere fatto seguire l'inscrizione della loro ipoteca entro giorni quindici al più tardi, da che è stata fatta la trascrizione dell'atto traslativo della proprietà. » E nell'articolo 835 pur si soggiunge: « nel caso dell'articolo precedente, il nuovo proprietario non ha obbligo di fare ai creditori, che non hanno inscrizione anteriore alla trascrizione dell'atto d'alienazione, le notificazioni prescritte dagli articoli 2183 e 2184 del Codice Napoleone; in ogni caso poi, mancando i creditori di proporre la domanda per l'incanto nel termine e colle forme prescritte, il detto nuovo proprietario non è tenuto che al pagamento del prezzo di conformità al prescritto dall'articolo 2186 del Codice Napoleone. »

La quistione proposta in base a questa legge fu formulata così: l'acquirente d'uno stabile per arrestare il corso delle inscrizioni che prendessero i creditori del venditore, devono praticare la trascrizione del suo titolo d'acquisto: dopo praticata, coloro possono inscriversi entro i quindici giorni successivi: dopo quel termine più nol potrebbero. Quest'è l'opinione professata esplicitamente da Grenier (2), da Tarrible (3), da Guichard (4), da Troplong (5) e da Mourlon (6). Noi però opponiamo questa avvertenza. Con questa opinione non si presupporrebbe forse che il Codice di procedura avesse richiamato in vigore il principio contenuto

(1) Vedasi di questa purgazione nel Capo terzo della Parte seconda § LXVII, n. 2 e 3.

(2) Grenier, *hypothèq.* num. 351 e 352.

(3) Tarrible, *Repertoir.* V. *Inscription hyp.* § 4. num. 8.

(4) Guichard, *Jurisprud hyp.* n. 6 in Sirey *Jurispr.* tom. 10 parte 2 pag. 249.

(5) Troplong *des priv. et hyp.* n. 655 ter.

(6) Mourlon, *examen critique et pratique au commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, num. 285 e 290.

nell'articolo 26 della legge del brumale? Noi non vediamo cosa più identica dell'opinione di quei giureconsulti e del principio formulato in quella legge abolita. Dicevasi in questa: « gli atti traslativi dei beni e dei diritti suscettivi d'ipoteca devono essere trascritti sui registri ipotecarj, senza di che non potrebbero essere opposti ai terzi che hanno contrattato coi debitore. » Dicono coloro: l'acquirente deve trascrivere il suo titolo d'acquisto; se no: non può opporre il suo acquisto ai terzi, cioè ai creditori che hanno avuto un titolo ipotecario dal venditore.

Eppure que' medesimi giureconsulti non esitarono un momento solo ad asserire che disgraziatamente la legge del brumale fu abolita in quei riguardo. Lo disse Grenier (1), lo disse Guichard (2), lo disse Troplong (3). Nè il tacque Mourlon, il quale anzi comentando la novella legge attivata col 1 gennajo 1856 (colla quale ristoravasi il principio della legge del brumale), dovea pur vedere che se fosse stata attendibile una cosifatta interpretazione dell'articolo 834 del Codice di procedura, non c'era mestieri che il governo desse fuori una legge apposita: non c'era coerenza logica nel comentar questa come una nuovissima legge, come la ristorazione pura e semplice della legge del brumale (4). Ma se questa e la nuovissima legge erano tra di loro identiche, e se non lo erano coll'interpretazione dell'articolo 834: forza è dunque conchiudere che quell'interpretazione non fosse nè vera, nè come tale riconosciuta dall'odierno legislatore francese.

Quell'articolo adunque dovea essere interpretato diversamente. E tanto più doveano andar cauti i francesi interpreti, i quali non si dissimularono come con questa loro opinione mettessero in una contraddizione inconciliabile il Codice civile coll'articolo da interpretarsi. Avvegnachè vedessero che il Codice civile con diversi articoli apertamente sottomettesse l'acquirente soltanto a quelle passività ipotecarie che trovasse inscritte al momento del suo acquisto. Chè anzi, se si fossero soffermati con diligenza maggiore in questo parallello tra l'articolo 2166 del Codice civile e l'articolo 834 del Codice di procedura, avrieno trovato modo di conciliarli, così come noi ci lusinghiamo di fare.

Lo stesso Grenier ebbe a dire che la trascrizione ordinata dalla legge del brumale non fosse stata conservata dal suo Codice civile, e non fosse più necessaria *pour la transmission de la propriété: son unique objet a été de preparer la purgation des hypothèques, dans l'intérêt de l'acquéreur. Le principe de la transmission de la propriété, par l'effet seul de la vente, est posé dans l'article* 1583.... Si sarebbe potuto dire, soggiunge, che questo articolo facesse astrazione dalle particolari esigenze del

(1) Grenier, *hyp.* num. 348.

(2) Guichard, in Sirey, *Jurisprud.* tom. XI par. 2. pag. 249.

(3) Troplong *des priv. et hyp.* num. 277. 894. 897; *de la vente.* n. 46.

(4) Mourlon, *appendice*, num. 334 dell'opera citata.

sistema ipotecario; *mais la restriction de l'effet de la transcription au seul moyen de préparer la purgation des hypothèques, est consigné dans l'article 2182. Il y est dit: « le vendeur ne transmet à l'acquèreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-méme sur la chose vendue; il les transmet sous l'affectation des mémes priviléges et hypothèques dont il etait chargé. C'est dire nettement*, soggiunge, *que la propriété se transmet par l'acte de vente, abstraction faite de la transcription.... Il résulte encore de cette rédaction, que l'immeuble vendu ne peut être grevé de nouvelles charges et hypothèques du fait du vendeur* (1).

Questa lucida ed esatta interpretazione dovea condurre que' giureconsulti ad una più retta intelligenza dell'articolo 834. E ben vi sarieno pervenuti, se avessero prima di tutto constatato che la trascrizione ordinata da ambedue i Codici in questo punto, non era che una formalità preparatoria alla purgazione delle ipoteche inerenti al fondo, acquistato dal terzo per un titolo volontario. Lo disse Grenier: ma non bastava il dire, bisognava ritenerlo. Doveano quindi constatare che per l'articolo 834 l'acquirente, come diversamente nella legge del brumale, non era obbligato a trascrivere il suo contratto in via assoluta e generale: ma solamente nel caso che egli volesse purgare il fondo dalle ipoteche inerenti. Il Codice di procedura allude al caso che egli volesse purgare; ma non lo obbliga punto a questa pratica; parla solamente delle subaste per vendite volontarie in genere (2); quindi parla solamente della trascrizione che l'acquirente dovrebbe praticare quando domanda la purgazione, non degli altri casi in cui per la legislazione francese la trascrizione è permessa ed obbligatoria: come nel caso delle donazioni, o nel caso che il venditore trascrivesse la vendita per sopperire all'inscrizione del privilegio del prezzo: o nel caso che l'acquirente senza voler purgare volesse fissare il tempo utile dal quale far decorrere il termine per la prescrizione delle ipoteche inscritte (3).

Questo rimarco è della somma importanza: epperciò vi insistiamo. L'articolo 834 allude ed è legge solamente nel caso che alcun creditore avente un titolo ipotecario da parte del venditore volesse intervenire nel giudizio di purgazione promosso dall'acquirente. In tutti gli altri casi, sia che si praticasse, sia che non si praticasse la trascrizione, quella legge è inapplicabile. Notisi ancora: il compratore non è obbligato da nessuna legge a purgare il suo acquisto; ed in questo convengono e Grenier (4) e Troplong (5). Se egli non purga, se non trascrive, e se non sollecita il

(1) Grenier. hyp. n. 348.

(2) Rubrica del titolo IV parte II. del Cod. di proced. civ. francese.

(3) Come accennammo sotto il § XIII. n. 7.

(4) Grenier, hyp. num. 323 e 340.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 782. Si faccia eccezione per le ipoteche costituite anteriormente alla promulgazione del Codice Napoleone in Italia, le quali per l'art. 6. § 2. del Decreto 25 ottobre 1808 si poteano inscrivere anche a carico dei terzi possessori che dopo l'anno 1809 non avessero trascritto e purgato. Vedasi nel numero seguente.

giudizio di purgazione, nessun creditore può invocare e valersi delle facoltà di quell'articolo.

Constatiamo perciò che in tutti i casi in cui l'acquirente trascrivesse, ma non purgasse, non essendo applicabile la speciale disposizione di quell'articolo, rimarrebbero in vigore i principii del Codice civile francese. E prima di tutto starebbe il principio sancito per il contrario senso dell'articolo 2166: ove si dice che i creditori aventi privilegio od *ipoteca inscritta* sopra un immobile, ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni, per essere collocati e pagati secondo l'ordine de' loro crediti o inscrizioni. La legge alludendo ai creditori ipotecarii, non allude ad altri che agli inscritti. E lo stesso spirito domina nel seguente articolo 2167. Se il terzo possessore, vi leggiamo, non adempie alle formalità stabilite onde rendere libera la sua proprietà, *resta, in vigore della sola inscrizione, obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecarj*. Possiamo dunque inferire che il creditore non inscritto al momento della vendita, non potrebbe inscriversi se non nel caso che il compratore avesse praticata la trascrizione allo scopo di purgare il fondo dalle ipoteche, a sensi dell'articolo 2183 del Codice civile, e dell'articolo 834 in discussione. Se il compratore, supponiamo, esaminati i certificati ipotecarj negativi, e fatte altre ricerche si fosse persuaso che il fondo non fosse affetto da alcuna ipoteca, nè espressa, nè tacita, non avrebbe bisogno di purgare: pagherebbe il prezzo, e non patirebbe le inscrizioni posteriori de' creditori del venditore.

Data questa riduzione analitica non è difficile il rilevare il senso limitato di quella legge. Imperocchè la sua disposizione non è cosa nuova nella giurisprudenza francese. Fin nell'Editto del 1771 (1) i creditori chirografarii erano ammessi ad insinuarsi nel giudizio di purgazione degli acquisti volontarii dalle ipoteche, ed a ricevere in pagamento quella parte di prezzo che avanzava dopo le spese del giudizio e il soddisfacimento dei creditori con ipoteca o privilegio. Il che ci è attestato dallo stesso Grenier (2). E similmente li articoli 834 e 835 del Codice di procedura invitano i creditori non inscritti, ma aventi un titolo ipotecario, a intervenire in questo stesso giudizio di purgazione: onde provvedano o colle maggiori offerte della subasta, o in genere realizzino il loro diritto sul prezzo, se ed in quanto ne avanza per loro. Questa disposizione è provvida perchè facilita la dimissione dei creditori del venditore: non nuoce al compratore, perchè a questi non importa di pagare il prezzo piuttosto al venditore che ai suoi creditori personali: o non è tenuto a pagare se non quando purga il fondo dalle ipoteche preesistenti. Pur non fu egualmente provvida nell'aver prescritto ai creditori aventi un titolo ipotecario a inscriversi dappoi: per cagione di ciò diè luogo a questa gravissima

(1) Vedi cosa fosse, nell'Introduzione num. XI in fine, e num. XVI.

(2) Grenier, *hyp.* num 60.

quistione; quindi riusci oscura, e peggio ancora pericolosa nel caso che il compratore avesse in precedenza pagato una parte del prezzo al venditore. Ma noi per questo non ne esagerlamo il significato; non crediamo che arrechi alcuna innovazione ai principii del Codice Napoleone; poichè escludemmo che valesse in tutti i casi in cui el fosse o non ci fosse trascrizione: e per di più escludemmo che per essa l'acquirente fosse obbligato in ogni caso a trascrivere o a purgare. Nè ci scandolezziamo delle peripezie e delle velleità fiscali che il signor Mourlon avria allegate come cagione di questa pretesa innovazione: in quanto questo acutissimo giureconsulto avria detto che questo articolo interpretato a suo modo fosse stato messo a partito e vinto per la influenza de' magistrati fiscali, interessati all'accrescimento dei diritti che dalle frequenti trascrizioni si percepivano (1). Imperocchè ci sembra che la legge potesse interpretarsi benignamente, senza offenderne gli autori.

Dal che noi conduciamo questi importanti corollarj; che nel reggime ipotecario de' francesi, sia pel Codice Napoleone, sia pel Codice di procedura civile, e tanto meglio poi per le successive leggi austriache, un creditore non potrebbe inscrivere il suo titolo ipotecario a carico del venditore dopo che egli avesse venduta e trasferita la proprietà ad un terzo; che un'ipoteca inscritta in simili circostanze sarebbe nulla.

Vediamo ora della successiva giurisprudenza italiana.

Il signor Basevi non ebbe veramente torto di qualificare per dubbia questa dottrina; non già che a noi sembri tale, ma perchè non è tanto ovvio il nostro contrario avviso. Però constatiamo com'egli decidesse che sotto le leggi austriache vigenti non reggerebbe una prenotazione inscritta a carico del venditore, e in danno del compratore, quando il di lui acquisto avesse una data certa (2).

Ma rifiuteremo senz'altro la facile asserzione del dottor Giuseppe Maroni che propugnò l'opinione che noi abbiamo combattuta nel terreno della francese e della nostra legislazione. E prima di tutto escluderemo che l'articolo 834 del Codice di procedura francese sia in alcun modo concludente per le vendite seguite dopo la promulgazione della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 (3): perocchè questa legge aboli fin anco il diritto e il metodo della purgazione ipotecaria nelle vendite volontarie. D'allora in poi non ci può essere occasione alcuna d'invocare l'autorità di quell'articolo, se non per le vendite volontarie accadute anteriormente a questa legge. Quindi noi non invocheremo come fece l'avvocato Pagani l'argomento dalla sovrana Patente 19 giugno 1826, per provare il nostro assunto (4): perchè non mancano leggi austriache per

(1) Mourlon, *examen critique* num. 281.

(2) Basevi, *annotaz.* al § 441. Cod. civile austr.

(3) Notificata dal Governo lombardo il 27 ottobre 1820, e dal Governo veneto il 15 novembre dello stesso anno. Vedasi il nostro § LXVII e i seguenti.

(4) Pagani, *Repert. legal.* V. *trascrizione ipotecaria.*

ribadire il principio del § 431 del nostro Codice civile; ma escludiamo senz'altro quel pericoloso articolo 834 come derogato colla deroga della purga nelle vendite volontarie.

E neppure per le vendite avvenute sotto l'impero delle leggi italiche o francesi possiamo fare onesta accoglienza all'opinione contraria a quella che abbiamo dedotto testè, perchè non vogliamo nè ripeterci nè contradirci.

E non crediamo neppure che per le vendite avvenute dopo la promulgazione delle leggi austriache potessimo cangiar di parere; perchè ci si possa opporre la Notificazione 16 marzo 1816 che agli articoli 7 e 8 importerebbe: continuerà parimenti ad aver luogo la trascrizione degli atti traslativi di dominio a norma e per gli effetti portati dalle relative leggi e regolamenti. La trascrizione pertanto non farà prova della sussistenza e legittimità dell'atto trascritto, *ma nei modi e termini stabiliti dalla precedente legislazione impedirà le ulteriori inscrizioni ipotecarie a carico del nuovo acquirente, ed aprirà l'adito ad eseguirsi il processo per la purgazione delle ipoteche* GIÀ' INSCRITTE *o sussistenti sopra l' immobile acquistato.* Noi non vediamo come si possa sostenere l'opinione contraria sopra questa legge e dire, come sostiene il signor Maroni (1), che se fu conservato provvisoriamente il metodo delle trascrizioni, lo fu per gli effetti portati dalle leggi ipotecarie conservate. Imperocchè il Legislatore austriaco comincia ad escludere che la trascrizione sia necessaria o sufficiente a provare la proprietà come lo era nella legge del brumale che stabili una presunzione *juris et de jure* nell'interesse dei creditori ipotecarj. Se escluse quel principio, non ammise più quella falsa ed esagerata opinione che si vuole attribuire all'articolo 834 del Codice di procedura francese. Ma soggiunse espressamente: essere conservata la trascrizione affinchè nei modi e termini stabiliti dalla precedente legislazione (cioè da quell'articolo) impedisse le ulteriori inscrizioni a carico del nuovo acquirente. Ma pur sempre *nei modi* e termini voluti da quell'articolo, e non in qualunque caso: che se ciò fosse, doveasi ridivenire alla legge del brumale: doveasi considerare la trascrizione come prova della sussistenza dell'atto trascritto. Anzi lo stesso Legislatore continua nello stesso periodo: ed aprirà l'adito ad eseguirsi il processo per la purgazione delle ipoteche *già inscritte.* Da ciò si dovea conchiudere che trattenevasi in vigore quell'articolo 834, ma non gli attribuiva un significato più esteso di quello che noi crediamo suo proprio: quello cioè che al creditore fosse lecito d'inscriversi durante le pratiche del giudizio di purgazione nel caso di una vendita volontaria. Ma quella disposizione è tutta pratica, contingente, transitoria, quanto è contingente e transitorio

(1) Maroni, della trascrizione: opuscolo inserito anche in una serie d'articoli del Giornale di giurisprudenza prat. di Venezia, an. VII. 1854, num. 6 an VIII. 1855, num 20 e 21.

un giudizio: e non stabilisce punto la massima che l'acquirente per acquistare una piena e sciolta proprietà dovesse praticare la trascrizione.

Nè si vorrà prestare una grande attenzione a quell'altro argomento che il signor Maroni adduce, che alcuna delle leggi austriache moderne parli della trascrizione. Egli è vero che ne parlano, ma questo non significa che il metodo della purgazione volontaria dell'articolo 834 si sia conservato. La deroga della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 abolitrice delle purgazioni volontarie è abbastanza formale per escludere ogni dubbio. Del resto non escludiamo che pur oggidì interessi di conservare delle trascrizioni praticate in addietro onde conservare degli effetti giuridici già acquistati sotto l' impero delle abolite leggi italiche, come vedremo a suo luogo.

La questione che trattiamo fu risolta legislativamente nei Codici di Piemonte e di Parma; e il potevano benissimo, come poteano adottare puramente e semplicemente il principio della legge del brumale.

Questi Codici, comunque non riconoscano alcuna ipoteca occulta, conservarono la purgazione forzata nelle vendite volontarie (1), stabilirono che l'ipoteca conceduta dal venditore si potesse inscrivere anche dopo la vendita (2), quaranta giorni dopo che il compratore avesse trascritto il suo contratto (3), e secondo il Codice Albertino si potesse inscrivere entro trenta giorni dalla praticata trascrizione, o entro tre mesi per le ipoteche privilegiate di cui negli articoli 2205, 2206, 2210, 2211 e 2215 (4). In virtù di quelle generali disposizioni tutti i compratori sarebbero veramente obbligati a trascrivere in qualunque caso, per difendersi dalle ipoteche del venditore. Non che criticare, noi difenderemo anzi quelle leggi: se non altro come un salutare avviamento alla più perfetta pubblicità del sistema ipotecario.

Ma ognun vede quanto sia diversa la nostra quistione, che è tutta di pratica interpretazione.

**5.** Eliminato quell' ostacolo dell'art. 834 del Codice francese di procedura, rimane appurata da ogni dubbio la verità dell' un principio desunto dallo spirito del Cod. Napoleone, e dalla lettera de' §§ 451 e 1368 del Codice civile austriaco, per cui nessun diritto reale d' ipoteca ci può essere se non coll'iscrizione; e d'altra parte rimane pur stabilito che l'ipoteca non sia efficace contro i terzi se non dal tempo dell' inscrizione: quindi non si possa inscrivere, ma solo l'inscritta dapprima si possa dappoi conservare contro il terzo possessore che è proprietario, senza che dal canto suo sia obbligato alla trascrizione o ad altra formalità per compiere l'acquisto del suo diritto di dominio. Che se non fosse ancora per

(1) Art. 2219 e seguenti del Cod. parmense e art. 2303 e seguenti del Cod. albertino.

(2) Art. 2196, Cod. parmense, art. 2231 Cod. albertino.

(3) Art. 2220 Cod. parmense.

(4) Art. 2305 del Cod. albertino.

le superiori avvertenze perfettamente soddisfatta sopra di ciò la persuasione, lo sarebbe in brev' ora, appena che si facesse una rivista delle varie leggi che succedettero in queste provincie dopo l'impianto del Codice Napoleone; nelle quali tutte si osserva una trasformazione progressiva dall' antica occultezza ad una pubblicità sempre più assoluta e generale. Colla quale rivista esibiremo tutti i documenti legislativi che sono necessarii a giudicare ed apprezzare la validità dei diritti acquistati in tempi tanto diversi per le molte riforme che si praticarono.

Secondo il Diritto comune tutte le ipoteche erano occulte e potevano essere generali. Gli Statuti italiani non vi arrecarono alcuna concludente innovazione. Solo lo Statuto di Venezia e le sue leggi estese ai possedimenti di terraferma introdussero da tempo antico un principio di pubblicità mediante i libri delle notifiche, come dissimo nell' introduzione. L' ipoteca o qualunque siasi contratto non attribuiva prelazione alcuna se non dal giorno della notifica: e la proprietà stabile non potevasi legittimamente alienare se non per cura del magistrato, e dopo proclamata la vendita e uditi coloro che vi avessero sopra alcuna pretesa (1).

Venne la legislazione francese, e il Codice Napoleone fu pubblicato nel Regno d'Italia il 1 aprile 1806 (2), e il seguente 1 maggio nelle provincie veneziane aggregate poscia a quel Regno col trattato di Presburgo (3). Si preparò in tutta fretta il terreno ove impiantare la novella instituzione ipotecaria; e nel Decreto italico 29 marzo 1806 (4) stabilivasi: » considerando che è altrettanto utile per la sicurezza delle proprietà e delle contrattazioni, quanto urgente il provvedere alla conservazione dei privilegi e delle ipoteche, anche prima che possano essere attivati i rispettivi uffici.... « art. 4. » I privilegi e le ipoteche anteriori al giorno primo del prossimo futuro aprile sono mantenute nello stato di validità ed anteriorità, che può loro competere a termini delle leggi vigenti sino a detto giorno primo aprile 1806. « art. 5. » Dal giorno primo d'aprile sino a tanto che siano attivati gli ufficii delle ipoteche, *suppliranno a questi gli ufficii del Registro degli atti e contratti*, nei quali.... saranno registrati i titoli portanti privilegio o ipoteche. Attivati che siano gli ufficii delle ipoteche, saranno eseguite nei medesimi le trascrizioni od inscrizioni relative ai detti titoli, *colla stessa data colla quale saranno stati registrati*. All'effetto però di godere del beneficio della data suddetta, le parti interessate dovranno, *nel termine d'un mese*, dacchè saranno aperti gli uffici delle ipoteche, *domandare al Conservatore la relativa trascrizione o inscrizione*, a norma del Regolamento che sarà pubblicato. La domanda dovrà farsi presentando al Conservatore i titoli in originale, o

(1) Introduzione, num. XII, pag. 32.

(2) Decreti ital. 16 gennajo e 29 marzo 1806.

(3) Decreti ital. 30 marzo e 13 aprile 1806. Nel dipartimento dell' Alto Adige, il sistema ipotecario francese fu attivato col decreto 13 giugno 1810.

(4) Pubblicato nel Veneto col Decreto ital. 15 aprile 1806.

in copia autentica, col certificato dell'ufficiale del Registro, scritto ai piedi dei medesimi, comprovante la data in cui saranno stati registrati. »

Questa disposizione è rimarchevole per le ipoteche concesse nel periodo di tempo decorso dal 1 aprile 1806 sino a tutto il mese di marzo 1808, epoca assegnata alla di loro iscrizione negli ufficii ipotecari (1), poichè non se ne saria conservata la prelazione originaria, se quelle che per legge abbisognavano di inscrizione, non si fossero temporariamente inscritte all'ufficio del Registro (2).

La pubblicità ipotecaria fu organizzata col Regolamento 19 aprile 1806 e gli ufficii di conservazione delle ipoteche furono aperti al pubblico col primo giorno del novembre 1807 (3). Indi col Decreto 25 ottobre 1808 si providde a rendere pubbliche le ipoteche e i privilegi anteriori alla pubblicazione del Codice Napoleone, in quanto che vi sarebbero state soggette se fossero state concesse sotto l'influenza di questa. Conteneva il Titolo primo le seguenti *disposizioni generali*. Art. 1. » Qualunque persona o corpo, tanto del Regno, quanto estero che pretenda di avere un diritto d'ipoteca o privilegio sovra un immobile *per titoli anteriori all'epoca rispettiva dell'attivazione del Codice Napoleone nelle diverse parti del Regno*, dovrà far inscrivere il preteso diritto di privilegio od ipoteca avanti il giorno primo di luglio 1809. » (indi alla fine dell'anno 1809 (4)).

Per gli art. 2 e 3 l'iscrizione dovea farsi presso gli ufficii competenti, nel circondario cioè in cui sono situati i beni ipotecati.

Art. 4. « Se l'ipoteca, *a termini delle leggi vegtianti alle epoche* rispettive dell'attivazione del Codice Napoleone, *si estendeva anche ai beni futuri* del debitore, l'iscrizione di una tale ipoteca percuote anche i beni *futuri nel circondario in cui si è fatta l'inscrizione.* »

Anche questa disposizione è degna di distinto rimarco. Furono conservate, vi si dice, anche le ipoteche generali nascenti dalle antiche leggi e convenzioni, e le ipoteche generali sui beni futuri in tutta la loro efficacia: salvo l'obbligo d'inscriverle in qualunque luogo si presumesse potessero pervenire al debitore. Il Codice Napoleone avea proibito che le ipoteche convenzionali si potessero estendere ai beni futuri. Ma trattandosi di atti e diritti acquisiti anteriormente, si rispettarono: contenti i legislatori di ottenere che fossero inscritte.

(1) Secondo che disposero i combinati Decreti italici 16 ottobre 1807, art. 7, e 8 gennajo 1808.

(2) Questa disposizione fu ripetuta negli art. 123-125 del Regolamento 19 aprile 1806.

(3) Decreto italico 16 ottobre 1807, art. 7.

(4) Secondo il Decreto 25 giugno 1809. Il Decreto 9 giugno 1811 estese questa legge al dipartimento dall'alto Adige e ai cantoni di Tobiano e Primiero, aggregati al dipartimento della Piave, ove il Cod. Napoleone fu attivato il primo luglio 1810; e si assegnava tutto l'anno 1811 come termine all'inscriziona delle ipoteche anteriori. E il Decreto 27 ottobre 1811 conservò efficaci le ipoteche contratte dal 10 luglio al 1 ottobre 1810, le quali non si poterono inscrivere negli ufficii del registro. Il termine assegnato dal Decreto 9 giugno 1811 fu col Decreto 25 dicembre 1811 prorogato a tutto il giugno 1812.

Art. 5. « L'inscrizione fatta entro il termine stabilito all'art. 1. conserva ai creditori, entro il circondario in cui è fatta, l'ipoteca o il privilegio *giusta l'ordine e la priorità che* a termine di ragione *potera loro competere nei rispettivi luoghi all' epoca dell' attivazione del Codice Napoleone,* non avuto riguardo all' ordine di tempo in cui siasi dai diversi creditori eseguita l'iscrizione nell' ufficio delle ipoteche. »

Art. 6. « Anche dopo il termine sovra prescritto all'art. 1. si potrà eseguire in qualunque tempo l'iscrizione delle ipoteche e privilegi *anteriori alla detta epoca dell'attivazione del Codice Napoleone,* fino a che non siano a termini di ragione estinti il privilegio e l'ipoteca; *ma in concorso dei creditori* inscritti, o di quei creditori che giusta il disposto del Codice Napoleone e nel presente Decreto conservano indipendentemente da alcuna inscrizione la loro ipoteca o privilegio, *non avrà effetto l'ipoteca* di chi s'inserive dopo il detto termine, *che dal giorno della seguita inscrizione in avanti;* come pure il privilegio in loro concorso non si risolverà che in una semplice ipoteca da misurarsi dal giorno dell'Inscrizione. »

Questo articolo 6 si suddivide in due §§, nei quali avressimo novella materia per la quistione dell'art. 834 del Codice di procedura francese. § 1. » Egualmente non darà luogo una tale inscrizione (cioè fatta dopo il termine dell'art. 1) ad esercitare alcun diritto d' ipoteca o privilegio in concorso del terzo possessore *per le alienazioni seguite dopo il primo di luglio* 1809, per le quali abbia l'acquirente fatta seguire la correlativa trascrizione, ed osservate le cautele sotto prescritte nell'art. 31 e seguenti. « § 2. « In concorso poi degli altri creditori non inscritti, come pure in concorso de' terzi possessori *per le alienazioni seguite avanti il primo luglio* 1809 *ed anche per le posteriori,* nelle quali non siansi eseguite la trascrizione e le cautele prescritte all'art. 31 e seguenti, si conservano coll'iscrizione il rango ed i privilegi che potevano loro competere a termini delle leggi veglianti, sotto le rispettive epoche dell'attivazione del Codice Napoleone. » L'art. 31 proibisce i metodi antichi de'giudizj delle gride, e vi sostituisce il processo di purgazione del Codice civile francese per le alienazioni posteriori al suddetto primo luglio 1809. Li art. 32 e 33 introducono delle leggieri modificazioni a questo processo. L'art. 34 arreca questa rimarchevole disposizione: « *le inscrizioni* che in detto termine (del trimestre che decorre dal giorno dell'ultima esposizione degli affissi indicanti il deposito in cancelleria del contratto), *si facessero* sull' immobile alienato dai creditori dell'alienante *per ipoteche anteriori alle epoche rispettive dell'attivazione del Codice Napoleone, conservano in concorso dell'acquirente,* secondo l'ordine della loro iscrizione, *i diritti ipotecarii* sull'immobile alienato, *in quanto il di lui valore non venga esaurito dai crediti inscritti, o da quegli altri che indipendentemente da alcuna iscrizione avessero* a tenore del prescritto nel Codice Napoleone e nel presente Decreto, *già acquistato o conservato un diritto di privilegio od ipoteca.* »

Riassumendo queste disposizioni sembrerebbe, che se l'acquirente avesse purgato il fondo dalle ipoteche, tutte le ipoteche anteriori alla purgazione cadrebbero, non che poter essere inscritte. Ma il terzo possessore che avesse acquistato l'immobile avanti il primo luglio 1809, e non avesse trascritto e purgato, soffrirebbe tutte le ipoteche iscritte e non iscritte; perchè al tempo del suo acquisto quelle ipoteche sussistevano sul fondo acquistato anche senza inscrizione. Però si domanda: se essendo scaduto quel termine e non iscritte quelle ipoteche, continueranno esse ad essere efficaci contro il terzo possessore? Quella legge lo afferma con tre limitazioni: che cioè il terzo possessore non abbia trascritto il suo contratto; che non sia decorso il bimestre dall'ultima affissione degli avvisi per la purgazione; che le ipoteche non inscritte non sieno efficaci che dopo gli altri creditori inscritti dapprima, o esenti da inscrizione pel Codice Napoleone. E la stessa affermativa colle identiche limitazioni fu introdotta in riguardo a quel terzo possessore che avesse acquistato dopo il termine del primo luglio 1809; dopo cioè che le anteriori ipoteche occulte per la mancanza dell' iscrizione avrebbero dovuto essere perente.

Nell'interesse della disputa cagionata dall'articolo 834 del Codice di procedura francese questa legge può accrescerne le difficoltà, sia per l'una, sia per l'altra parte egualmente. La si può opporre alla nostra conclusione, in quanto che avrebbe riconosciuta reale un'antica ipoteca convenzionale, comunque non iscritta dopo il primo luglio 1809, e l'avrebbe ritenuta efficace contro il terzo possessore che avesse acquistato dopo quel termine. Ma si può di rimando opporre ai nostri avversarii più d'una obbiezione.

E prima di tutto che nè questa legge, nè l'articolo 834, avversano di fronte i due principii per noi proposti; ma l'uno per uno, l'altro per un' altro parziale aspetto provvedono all'indennità del creditore non inscritto in tempo utile a carico del venditore. Nè l'una nè l'altra legge bandiscono il principio della legge del brumale; nè in tutta la legislazione francese si trova consacrata in tutta la sua purezza nemmeno la pubblicità ipotecaria. Prova ne siano le ipoteche legali occulte. Tutto il sistema ipotecario francese è guastato da cento mezze misure, colle quali si transigette tra il sistema antico e il nuovo, tra l'assoluta occullezza e la pubblicità delle ipoteche e dei dominii.

Limitatissima e transitoria osservammo essere stata la disposizione dell'articolo 834 del Codice di procedura. Pur limitata e transitoria è quella della legge che osserviamo. Questa legge s'assomiglia con questi due caratteri a quella; non è però identica in tutto. Quella alludeva a qualunque ipoteca, quindi anche a quelle costituite sotto il dominio del Codice Napoleone. Questa si riferisce soltanto alle ipoteche anteriori a questo Codice. Le ipoteche convenzionali e le giudiziali contratte sotto questo dal 1806 in avanti non possono godere del più largo beneficio di que-

sto Decreto 25 ottobre 1808. Questo allude soltanto alle ipoteche più antiche, che si vogliono inscritte colla fine dell'anno 1809 in avanti (1). In questo riguardo la legge esercita una funzione retroattiva, e non è a stupire che l'eserciti in modo assai guardingo e limitato da molti riguardi. Vuole che le ipoteche anteriori s'inscrivano: ma osservando che per l'imperfezione del suo sistema circa l'assoluta pubblicità dei dominii e delle ipoteche qualunque cauto possessore dovea purgare i suoi acquisti colla trascrizione: condizionò l'obbligo della pubblicazione, e in suo difetto la perenzione delle ipoteche antiche, al caso che il possessore successivo non avesse purgato. Assomigliò per così dire le ipoteche convenzionali autentiche, alle ipoteche legali de' minori e delle donne, che egli esentuò dall'inscrizione, ma non esentuò dall'insinuarsi nel giudizio di purgazione; e nel caso non si fossero insinuate dopo la trascrizione preparatoria a questo giudizio, dichiarò perente (2). In quel modo che noi diremo aver la legislazione francese adottata la pubblicità ad onta delle disastrose eccezioni delle ipoteche legali; nello stesso modo sosterremo que' due principii, che l'iscrizione è necessaria all'ipoteca, e la trascrizione non è necessaria all'acquisto del dominio nel terzo possessore, quantunque e nel Codice Napoleone e in questa legge si sia tollerata l'occultezza delle ipoteche anteriori e quantunque si sieno tollerate queste e le ipoteche legali a carico del possessore, finchè costui trascrivesse e purgasse il suo acquisto.

Il giudizio della purgazione purga tutte le ipoteche inscritte e le non iscritte: purga le ipoteche legali occulte: purga le ipoteche convenzionali antiche. Si potrà dunque conchiudere che per questo Decreto 25 ottobre 1808 si sieno paragonate le ipoteche convenzionali antiche alle ipoteche legali. Il legislatore potea essere moderato e circospetto, potea anche tollerare tutto il sistema ipotecario precedente.

Si concluda pure che questo Decreto non attivò la pubblicità; ma non si potrà conchiudere contro la verità dei due principii che sosteniamo. Il legislatore paragonò le ipoteche convenzionali antiche alle legali: e in ciò fare non introdusse veramente un' eccezione al principio che tutte le ipoteche convenzionali dovessero essere pubbliche e speciali: ma non fece altro che conservare nella loro originaria forma ed efficacia quelle ipoteche che prima erano valide. Conservava l'antico per motivi d'utilità pubblica; ma lo distingueva dal moderno. E noi discorriamo di questo: noi diciamo che nel sistema ipotecario francese moderno i due principii da noi professati erano proclamati ed attuati.

Che anzi nella mente del legislatore francese non si eguagliarono perfettamente le ipoteche legali colle convenzionali antiche: perchè alla con-

(1) Secondo le combinate disposizioni dell'art. 1. Decreto 25 ottobre 1808 e del Decreto 25 giugno 1809.

(2) Circa quello che diciamo delle ipoteche legali delle donne e de' minori, vedasi l'Introduzione XXI. pag. 32 e 33.

servazione di queste nell'occultezza originaria appose tre limitazioni, come dicemmo. Le prime due limitazioni sono communi anche alle ipoteche legali: non così la terza. Ambedue quelle specie d'ipoteche non si conservano davanti alla trascrizione preparatoria della purga, e dopo scorso il termine bimestrale che è pur stabilito nell'articolo 2194 del Codice Napoleone, e poscia nel Decreto 12 dicembre 1812.

Ma per riguardo alle ipoteche antiche, che doveano essere inscritte e non furono inscritte entro l'anno 1809, non si concede la prelazione originaria in confronto agli altri creditori, la cui inscrizione fu fatta dapprima, o nel Codice civile francese erano esenti da iscrizione (1). Dunque quelle ipoteche anteriori non furono conservate in tutta la loro originaria efficacia, e non furono assimilate alle legali, se non nei rapporti eccezionali col possessore; il quale appunto perchè la legge permise le ipoteche legali occulte, dovea purgare il suo acquisto. È questa una conseguenza dell'eccezione d'un' eccezione, per cui si stabilirono le ipoteche legali; non una prova diretta per la negazione dei nostri due principii.

La pubblicità ipotecaria d'altronde fu bensì parzialmente, ma progressivamente conquistata. Il nostro primo principio che non si dà diritto d'ipoteca se non in quanto è iscritto, pativa delle tre specie d'ipoteche legali. Il principio della pubblicità dei dominii mediante la trascrizione non era stato attuato, se non nel giudizio della purgazione, se non per purgare il fondo dalle ipoteche legali ed occulte: e questo giudizio si prescrisse per liberarsi da quelle ipoteche occulte e dalle antiche non inscritte.

La pubblicità ipotecaria mediante l'inscrizione potea dirsi la regola generale, il principio fondamentale del sistema. Non così della pubblicità de' dominii, la quale fu adottata colla trascrizione non per conoscere la base delle ipoteche, ma per disfarsi radicalmente dalle ipoteche occulte.

Noi abbiamo mostrato nell'Introduzione quali eccezioni avesse permesse il Codice Napoleone alla pubblicità ipotecaria (num. XXI). Questo Decreto 25 ottobre 1808 dichiarò pure esenti da iscrizioni le stesse cause ipotecarie e privilegiate preesistenti a quel Codice (2), e li avrebbe conservati fino ad oggi, come si sono conservati in Francia, se non fosse presto succeduto il Governo austriaco ad accelerare le riforme di questo importante sistema giuridico.

Colla Determinazione 16 marzo 1816 il Governo austriaco di Lombardia le iniziava, attivando il suo Codice civile in tutto quella estensione in cui potesse funzionare indipendentemente dal sistema tavolare germanico, e usufruendo dell' istituzione francese, ossia degli ufficii ipotecarii come egli li trovava organizzati. Già vedemmo nel superiore § XIII, num. 10

(1) Art. 6, § 1 e 2 art. 34 del sudd. Decreto 25 ottobre 1808. Foramiti, *Enciclopedia legale* V. *ipoteche vers. ipoteche anteriori al Cod. civ. francese.*

(2) Decreto 25 ottobre 1808, art. 9, 18.

cosa disponesse in riguardo alla pubblicità dei dominii. Vediamo ora della pubblicità ipotecaria.

Articolo 1. » Gli attuali ufficii delle ipoteche si dichiarano conservati, e sino a nuova disposizione confermati secondo la loro attuale organizzazione. » Articolo 2. così de' conservatori. Articolo 3. » *La sussistenza e legittimità del titolo* ***attributivo*** *o* ***costitutivo dell'ipoteca***, *e l'estensione della medesima, quanto alle* ***ipoteche derivanti da atti e contratti anteriori*** *al primo gennajo* ***prossimo scorso*** (1), ***saranno regolate dalle leggi*** *rimaste in osservanza a tutto* ***il dicembre*** 1815: ***quanto a quelle derivanti*** *da atti posteriori*, ***saranno determinate dalle leggi*** *ora vigenti.* » Articolo 4. » *L'inscrizione* ***però nei pubblici*** *libri tanto delle une che delle altre continuerà a farsi,* ***pei*** *corrispondenti effetti di ragione, giusta le forme e discipline portate* ***dai regolamenti introdotti dalla cessata*** *legislazione e rimasti ancora* ***in osservanza.*** »

Questa legge non abbisogna per ora di comenti. Assai chiaramente appare come con essa venivasi ad attuare in tutta la sua pienezza il principio dei §§ 431 e 1368 del Codice civile austriaco sulla necessità dell'inscrizione, come forma e condizione della realità ipotecaria.

E nel numero antecedente vedemmo pur stabilita negli articoli 7 e 8 di quella legge il secondo principio, che cioè la trascrizione non sia necessaria alla compiutezza del trasferimento del dominio.

L'effettuazione pratica di quel primo principio fu efficacemente praticata dalle successive leggi austriache. Dopo alcune leggi regolatrici di alcuni dettagli dell'amministrazione ipotecaria, venne la sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 (2) a sistemare il giudizio della dichiarazione e della purgazione delle vendite volontarie ed esecutive dalle ipoteche esistenti di ogni specie e di ogni tempo. Colla qual legge distinguendosi i diritti acquisiti sotto l'anteriore legislazione da quelli contratti sotto la vigente, toglievasi una delle più pestifere fonti della occultezza ipotecaria: in quanto non tollerando più il Codice civile austriaco alcuna ipoteca che inscritta non fosse, non si permise che nelle alienazioni volontarie avvenute dopo quell'epoca i creditori ipotecarj forzatamente si dimettessero ad arbitrio dell'acquirente. Solo si concedette a costui la facoltà di convocare i creditori che avessero avuto per la passata legislazione alcuna ipoteca occulta, affinchè gliela notificasse coll'inscrizione. Tolleravansi i diritti acquisiti sotto l'anteriore legislazione, che permetteva a chi avesse acquistato in quel tempo, di provocare questa dichiarazione delle ipoteche occulte, ed indi la purga forzata di tutte ipoteche. Cose queste che vedremo in maggiori dettagli nel Capo terzo della seconda Parte (§ LXVII).

E tutte le ipoteche occulte e generali, ch'erano rimaste dalle antiche legi-

(1) Epoca in cui fu attivato il Cod. civ. gen. aust. come dalla sovrana Patente 16 ottobre 1815.

(2) Pubblicata dal Governo di Milano colla notificazione 27 ottobre 1820, e dal Governo veneto colla notificazione 15 novembre 1820.

slazioni, si ridussero alla conveniente pubblicità e specialità in grazia della sovrana Patente 19 giugno 1826 (1). Ordinavasi con essa all'art. 1: « tutte le ipoteche legali nate e tuttora sussistenti senza inscrizione in forza dell' art. 2135 del cessato Codice civile italiano, e giusta l'art. 28 del Regolamento del 19 aprile 1806, e l' art. 4 del Decreto 12 dicembre 1812, a favore delle mogli, dei minori, degli interdetti e dei loro eredi ed aventi causa da essi sopra i beni dei mariti a cauzione delle doti e delle convenzioni matrimoniali, e sopra i beni dei tutori e dei curatori per la responsabilità della loro amministrazione dovranno essere inscritte negli ufficii delle ipoteche, nel circondario dei quali sono situati i beni dalle medesime affetti ».

Art. 2. « La disposizione del precedente articolo si estende anche ai privilegi ed alle ipoteche tuttora sussistenti, che all'epoca dell'attivazione del cessato Codice civile italiano fossero per gli stessi titoli già operate dalle leggi e consuetudini allora veglianti, e delle quali non si fosse eseguita l' inscrizione giusta l'art. 12 del Decreto 25 ottobre 1808. La medesima disposizione si estende pure a tutte le altre ipoteche tuttora sussistenti contemplate dall' art. 6 del Decreto 25 ottobre 1808, ed in generale a tutte le ipoteche generali e speciali di ogni origine ed epoca anteriore all' attivazione del Codice civile austriaco, delle quali rimanesse tuttora vivo l' effetto senza inscrizione, ovvero rimanesse aperto l' adito all' inscrizione con effetto retroattivo, sia a carico del debitore, sia a carico del terzo possessore ».

Art. 3. « L' inscrizione dovrà farsi entro tutto il mese di dicembre 1827 ». Il qual termine fu poscia prorogato a tutto il mese di giugno 1828 (2).

« L' inscrizione fatta entro questo termine (continua l' art. 3) conserva ai creditori, entro il circondario in cui è seguita l'ipoteca, giusta l'ordine e la priorità, che a termini di legge poteva loro competere nei rispettivi luoghi all' epoca dell' attivazione del Codice civile austriaco: non avuto riguardo all' ordine di tempo in cui siasi dai diversi creditori eseguita quest' inscrizione ».

Nei susseguenti articoli 4, 5, 6, 7, 9, 10 e 11 si determina a quali persone e con quali comminatorie spetti l' inscrizione delle ipoteche legali, e in qual modo debba praticarsi.

Nell' art. 8 leggiamo: « anche dopo la scadenza del termine prescritto all' art. 3 si potrà eseguire l' ordinata inscrizione sino a che l' ipoteca non sia a termini di legge estinta; ma tale posteriore inscrizione dovrà in ogni caso farsi in forma d' ipoteca speciale giusta il prescritto dall' art. 12 della presente legge, *e sarà riguardata semplicemente per una prima*

(1) Pubblicata nei Bullettini il 15 novembre 1826.

(2) Vedi le Notificazioni 20 dicembre 1827 dei Governi di Lombardia e di Venezia, e la Circolare dell' Appello veneto 20 maggio 1828.

*inscrizione avente effetto soltanto dal giorno in cui sarà seguita, e soltanto a carico dei beni a tale epoca posseduti dal debitore* ».

Ecco dunque assicurata la pubblicità delle ipoteche tutte. Inestimabile beneficio, ed argomento di quanto possa la persuasione e la fermezza per l' attuazione delle necessarie riforme civili.

E qui non finiva la provvidenza del Legislatore. Anco la specialità del sistema ipotecario guarentiva nelle disposizioni seguenti.

Art. 12. « Le inscrizioni ordinate nel presente capo I potranno, in quanto riguardano *ipoteche generali*, essere eseguite anche in forma d' *ipoteche speciali* mediante la precisa e corrispondente indicazione della qualità e situazione dei singoli beni ipotecati, del loro confini, dei numeri censuarii in quanto sia possibile; e generalmente di ogni dato per cui non possa nascere dubbio sulla identità dei beni medesimi ».

Art. 21. « Tutti i privilegi, e tutte le ipoteche che alla scadenza del termine stabilito all' art. 3 (ossia a tutto il giugno 1828) si troveranno ancora inscritte, ovvero rinnovate in forma di privilegi ed *ipoteche generali* di ogni origine ed epoca e di ogni specie, comprese anche quelle delle quali trattano i due capi precedenti, dovranno essere ad istanza delle parti nuovamente inscritte *in forma di ipoteca speciale* presso gli ufficii, nel circondario dei quali sono situati i diversi beni ipotecati, osservando in quanto alle note d' inscrizione ciò che è prescritto negli articoli 7 e 12 della presente legge, ed indicando in esse la data della precedente inscrizione ed eventuale rinnovazione fatta in forma d' ipoteca generale, e l' ufficio presso cui furono fatte ».

Art. 22. « La nuova inscrizione in forma d' ipoteca speciale ordinata nell' articolo precedente dovrà essere fatta *entro un nuovo termine successivo al primo,* cioè entro tutto il mese di dicembre 1828 ». Ed anche questo termine fu prorogato a tutto l' anno 1829 (1).

« Scaduto questo secondo termine (continua quell' articolo) senza che la detta inscrizione sia seguita, le ipoteche generali indicate nel precedente articolo cesseranno di avere effetto ».

Art. 23. « La suddetta nuova inscrizione potrà farsi anche dopo la scadenza del mese di dicembre 1828 (cioè del dicembre 1829) . . . sino a che l' ipoteca non sia a termini di legge estinta; ma tale posteriore inscrizione non potrà avere altro effetto che quello indicato nell' art. 8 ».

**6.** Il passaggio dalla legislazione francese all'austriaca diè luogo più volte alla quistione: se un' ipoteca generale tacita, quali erano le legali de' minori e delle mogli, avesse effetto in quanto affettasse i novelli acquisti fatti dal debitore dopo l'attivazione delle leggi austriache e prima della sovrana Patente 19 giugno 1826, senza aver bisogno d'una apposita inscrizione.

(1) Come si ha dalle Notificazioni 28 dicembre 1828 del Governo lombardo, e 25 dicembre dello stesso anno del Governo veneto.

Rosa Longoni avea un'ipoteca generale tacita per causa di dote dipendente da scrittura 29 aprile 1791, sui beni di suo marito Carlo Caratti, situati nel veneto.

Antonio Tassoni vendette al Caratti coll'istrumento 5 dicembre 1823 de' beni stabili, e convenne per garanzia del prezzo un' ipoteca sui medesimi; la quale fu però inscritta soltanto il 19 aprile 1825. In seguito alla sovrana Patente 19 giugno 1826 fu inscritta il 27 giugno 1828 e specializzata il 9 settembre 1829 l'ipoteca dotale della Longoni anche su questi beni; indi fu ceduta ad Antonio Zamboni e da questi suppegnata a Paolo Neri. Su questi beni uscì la graduatoria 5 novembre 1836, nella quale fu collocato dapprima il credito Tassoni, indi quello della Longoni. Paolo Neri promosse querela di priorità contro il preferito, allegando che l'ipoteca legale della Longoni, nella quale era subentrato, avea legittimamente affettato que' beni venduti, all' atto stesso che erano pervenuti al marito coll' istrumento 6 dicembre 1823, quindi anteriormente all'iscrizione presa dal venditore Tassoni l'anno 1825. La disputa riuscì intralciatissima per essere composta di molte altre questioni, che come estrance all'argomento in discorso omettiamo. Dal momento, dicevasi in petizione, che i beni Tassoni divennero proprietà del marito, soggiacquero *ipso jure* agli effetti dell'ipoteca tacita legale suddetta; perciocchè allora non occorreva alcuna inscrizione. Quando il Tassoni si fece ad iscrivere il suo titolo era stato prevenuto dalla legge a favore della moglie del Caratti, quindi è posteriore a lei ed in conseguenza a Paolo Neri che la rappresenta.

La Pretura di . . . . approvò questa pretensione dicendo nei motivi della sentenza 31 dicembre 1850 num. 7661 : » e non regge pure a favore dei convenuti la terza eccezione desunta dalla legge austriaca che non ammette ipoteca senza inscrizione. Le leggi romane, le venete, e le italiche concedevano alle mogli a cauzione delle loro doti l' ipoteca tacita legale sui beni presenti e venturi dei loro mariti: il diritto di pegno riposava integro e pieno nella disposizione medesima di quelle leggi, che somministravano il titolo e il modo d' acquisto: l'oggetto del diritto erano i beni presenti e futuri; nè ostava alla perfezione del pegno l'evenienza che il bene futuro cadesse in dominio del debitore, l' unico necessario effetto della quale si era che il pegno allora soltanto si potesse far valere quanto la condizione sospensiva si verificasse; il che rendeva operante il diritto già prima integralmente attribuito . . . . Dimostrato pertanto che alla Longoni competeva il diritto d'ipoteca tacita legale sui beni presenti e futuri del marito, indipendentemente da notifica, e dal 1806 in poi, ne sorge che l'acquisto fatto dal di lei marito nel 1823 dall'Antonio Tassoni, *ipso jure* era soggetto alla ipoteca tacita legale a di lei favore, *poichè trattavasi degli effetti legali di un diritto di già acquisito e perfetto: effetti che con forza retroattiva non potevano essere limitati dalle massime del Codice austriaco*, che non sofferiva ipoteche

tacite legali a tenore della Patente della sua promulgazione e di leggi ipotecarie posteriori; le quali sancirono che il Codice medesimo non potesse influire sul titolo attributivo dell'ipoteca. »

» Conservati per assoluto gli effetti del sistema ipotecario italico' non combinabile in tutto col sistema del Codice austriaco, era ben naturale che non si volesse rendere l'ultimo attivo in conseguenze singole per non far urtare sistema con sistema, ed abbandonare i diritti all'evento. Era molto più naturale il disporre in modo da non ispingere gli effetti della nuova legge sopra diritti anteriori, acquisiti e perfetti, comunque la loro condizione li rendesse necessariamente operativi soltanto pel seguito. »

» E tali principii emergono poi evidenti dalla lettera e dallo spirito della sovrana Risoluzione 19 giugno 1826, in quanto che, datosi per quella legge un termine alla iscrizione delle ipoteche tacite legali, e dato da essa altro termine per la loro specializzazione, mostrò ad abbondanza che tutte le ipoteche tacite anteriori si acquistavano e si regolavano a modo italico, e che solo dopo quei termini i diritti di questa natura cessavano d'avere effetto, ove le parti non si fossero uniformate alle nuove discipline. Se altrimenti si avesse voluto disporre avrebbesi chiaramente detto, che le sole ipoteche tacite legali acquistate sino alla abrogazione del Codice italico potevano validamente inscriversi e specializzarsi, e non le posteriori misurate dall'attività del Codice austriaco. Ma tale restrizione non fu fatta . . . . »

Questi motivi furono adottati dal tribunale d'appello nello stesso giudizio colla sentenza 20 giugno 1831 num. 7266. Però l'autorità di questo giudicato non è abbastanza concludente: perchè la superiore tesi era frammista a quest'altra, che in prò del Tassoni aveva immaginato la Pretura stessa, ove disse che la vendita dei beni in discorso non trasferì subito la proprietà dei medesimi nel compratore Caratti, ma solamente dopo che fu presa l'inscrizione dell'ipoteca pel prezzo nel 1825: onde per questo riguardo l'appello ripntò prevalente questa ipoteca speciale all'ipoteca generale della moglie. Però in riguardo alla nostra tesi anche l'appello diè ragione al Neri, e stabilì la prevalenza dell'ipoteca generale sulla speciale, diniegando quest'implicita riserva di dominio e questa condizione sospensiva della vendita. La Corte suprema di giustizia e cassazione confermando la sentenza di prima istanza colla sua decisione 16 febbrajo 1833 num. 9451, della quale non si conoscono i motivi (1), lasciò dubbio se ella favorisse il Tassoni nell'interesse piuttosto dell'una che dell'altra tesi: se cioè riconoscesse che la vendita fosse stata fatta con una tacita riserva di dominio, per cui l'ipoteca speciale presa da lui nel 1825 prevalesse contro ogni ipoteca generale ante-

(1) Beretta, *Giorn. di Giurisprud. prat. di Venezia* anno VIII. 1855. num. 2. pag. 21-18.

riore: o se veramente credesse che l'ipoteca generale e tacita non fosse valevole sul novello acquisto seguito sotto il dominio delle leggi austriache senz' essere accompagnata da apposita inscrizione.

Quanto sia spiacevole allo studioso e pregiudizievole alla giurisprudenza pratica questo silenzio de'superiori tribunali nel caso che le loro sentenze riescissero a conferma de' precedenti giudicati, e in casi complicati per varii punti di quistione, come nel caso presente, è cosa che fu vivamente sentita, e solo negli ultimi tempi rimediata. A questo modo la giurisprudenza del nostro Codice civile giacque infeconda e ignorata, nel mentre che avria meritato, in Italia specialmente, che fosse con molto onore discussa e celebrata.

Abbandonati al nostro singolare giudizio dobbiamo scegliere tra il sistema adottato nelle sentenze surriferite e il sistema contrario che fu già abbracciato dai tribunali veneti molti anni innanzi.

**7.** Maria Cavallotti maritata a Biraghi collo strumento nuziale 29 ottobre 1783 stipulava un' ipoteca generale in garanzia di sua dote. Conservò questa ipoteca tacita e generale sotto il dominio delle leggi Italiche. Biraghi acquistò nell' anno 1817 una casa, e la moglie credette che la sua ipoteca affettasse senz' altro anche questo stabile. Solo ne chiese l'inscrizione dopo che la sovrana Patente del 1826 ne ordinava l' inscrizione e la specializzazione. La casa fu venduta in seguito giudizialmente, e quella ipoteca non ottenne nella graduatoria altra priorità che dal giorno della sua inscrizione. Mossa la querela di priorità, cadde inesaudita per le sentenze 23 settembre 1828 e 26 febbrajo 1829, del tribunale civile di Milano l' una, dell'appello lombardo l' altra.

La prima istanza motivava il suo rifiuto in questa guisa. Concedesi che alla moglie Biraghi competesse un' ipoteca espressa e generale per convenzione, tacita e generale per il Diritto comune e le leggi italiche; che per queste leggi quest'ipoteca fosse e potesse essere occulta. Nel caso proposto si dovea decidere se questa ipoteca fosse efficace sugli acquisti posteriori alla promulgazione del Codice civile austriaco. La Notificazione governativa 16 marzo 1816 stabilì nell' articolo 3, che la sussistenza e legittimità *del titolo attributivo e costitutivo* dell'ipoteca, *e l'estensione della medesima,* quanto alle ipoteche derivanti da atti o contratti anteriori al primo gennajo 1816, saranno regolate dalle leggi rimaste in osservanza a tutto il dicembre 1815. Ma per rettamente decidere la predetta quistione si deve distinguere tra *il titolo* o il diritto all' ipoteca, e *il modo* d' acquisto dell'ipoteca stessa. Il titolo dell'attrice sta nella costituzione di dote e controdote, di cui nell' istrumento 29 ottobre 1783 rogato Ferrari; e l' effettivo acquisto dell' ipoteca in suo favore derivò dalle leggi vigenti a tutto dicembre 1815 sopra tutti gli stabili che erano del dominio di suo marito prima dell'anno 1816 e dal momento in cui passavano nella sua proprietà . . . . Ma il Codice vi-

gente nel § 451 rileva chiaramente la distinzione tra il titolo e il modo d'acquisto dell'ipoteca; e sebbene la Notificazione governativa 16 marzo 1816 nel § 3 avesse conservato all'attrice il suo titolo d'ipoteca, ed anche l'estensione del medesimo, il quale anzi non poteva da lei esser tolto senza arrogarsi un potere retroattivo; *non la dispensò però dalle forme prescritte per l'acquisto effettivo d'una ipoteca sopra beni che passassero in seguito nel dominio del suo marito*, e divennero con ciò un oggetto sopra cui potesse operare il suo titolo. »

» In forza di questo titolo le era lecito di prendere inscrizione sulla casa in quistione immediatamente dopo il suo acquisto da parte del di lei marito, senza che le occorresse altra stipulazione d'ipoteca; *ma l'effettivo acquisto dell'ipoteca non poteva più operarsi senz' inscrizione*, perchè le leggi portanti seco tale effetto erano fuori di vigore: nè potea aver luogo in forza del Codice vigente, il quale per l'acquisto di qualunque ipoteca richiede l'inscrizione. »

» Osservato quindi che sarebbe assurdo il ritenere acquistata l'ipoteca all'attrice sopra la casa in quistione per le sue ragioni dotali, prima che la medesima fosse passata in proprietà del marito: che era libero all'attrice di chiedere l'inscrizione della sua ipoteca subito dopo che questo ne avea fatto l'acquisto: che essa dovea ascrivere a sè medesima ogni danno che le fosse derivato dalla ignoranza della legge e dalla propria incuria: e che l'inscrizione da essa presa il 24 marzo 1825 non poteva valere per conservare ciò che non avea ancora acquistato, ma soltanto per convertire in effettivo diritto ipotecario il mero titolo all'ipoteca: il tribunale ecc. »

Il tribunale d'appello confermava questa sentenza per motivi che non si conoscono. (1)

La nettezza e concisione di questi motivi non lascia nulla a desiderare; i principii della vigente legislazione vi sono tratteggiati con molta penetrazione. E noi non vorremmo essere gli ultimi a riconoscere l'universale verità analittica dei due distinti fattori dell'ipoteca, il titolo che le dà la prima causa, e l'inscrizione o il modo di farla reale. Concederemo ancora come sia, non diremo assurdo, ma certamente contrario alla natura ed essenza del contratto di pegno e del diritto reale d'ipoteca, che possa consistere come tale sulla proprietà che non ancora appartiene al debitore: verità che ci siamo ingegnati in più luoghi d'illustrare come si conviene alla dignità loro. Ma la Determinazione governativa lombarda 16 marzo 1816 avendo conservato le ipoteche derivanti da atti e contratti anteriori al 1 gennajo 1816, e avendo dichiarato che *saranno regolate* dalle leggi rimaste in osservanza a tutto il dicembre 1815 in riguardo alla *sussistenza e legittimità del titolo attributivo e costitutivo dell'ipoteca*, E L'ESTENSIONE *della medesima*, ha lasciato una

(1) Zini, *Giurisprud. prat.* vol. IX. part. 1. pag. 101.

materia irta di gravissimi dubbii, che l'asseveranza di quel giudicato non ha fatti svanire del tutto.

Imperocchè sembra che quella legge dicendo di volere conservati nella loro estensione i titoli *attributivi* e *costitutivi* dell' ipoteca, non abbia voluto alludere soltanto al titolo preparatorio dell'inscrizione, come s'intende nel Codice civile austriaco, ma a quel titolo che secondo le leggi anteriori bastava per sè medesimo e da sè medesimo ad attribuire e costituire un diritto reale indipendentemente dall'inscrizione. Colla legge austriaca si può dire che il titolo non sia che una causa attributiva o preparatoria all'acquisto del titolo d'ipoteca: non una causa sufficiente ed *ipso jure* costitutiva, come nel caso delle ipoteche occulte e legali. Avendo ella dunque distinto il titolo attributivo dal costitutivo, non senza ragione avrà conservato efficaci nell' originaria estensione l' uno e l' altro.

Però ben riflettendo si può trovare la ragione di quella distinzione, conservando pure ed accettando quelle decisioni. La Notificazione che citiamo non dice che questo titolo sia quel titolo ipotecario di cui trattammo nel Capo precedente: ma, alludendo alle leggi anteriori, colla distinzione di titolo attributivo e costitutivo parrebbe che avesse distinto il *titolo creditorio* dal vero *titolo ipotecario*. Il titolo creditorio in alcuni casi per le leggi anteriori attribuiva il diritto d'ipoteca, come nel caso de' crediti de' minori, delle donne e di quegli altri che esaminammo nei §§ VIII e IX; e si dicevano attribuire un'ipoteca legale o tacita, per contrapposto alla convenzionale ed espressa. E questa diversità d'espressioni è desunta dagli articoli 2121 e 2124 del Codice Napoleone. I diritti ed i crediti *cui è attribuita l' ipoteca legale* sono ecc. Non possono *costituire ipoteche convenzionali* se non coloro ecc. I quali termini sono anche esatti: perchè *l'attribuire* significa semplicemente l'aggiungere una cosa ad un'altra; e quindi si può dire a un dato credito la legge attribuisce l'ipoteca. Il concetto di *costituire* è più composto e particolare ai titoli espressi convenzionali, poichè le parti che hanno stabilito un credito, stabiliscono insieme anche l' ipoteca: stabilire una cosa e stabilire insieme un' altra, è lo stesso che *costituire*, statuire assieme.

Si può dunque inferire che la Notificazione in discorso conservasse nella loro originaria estensione il titolo creditorio attributivo, e il titolo ipotecario costitutivo; e si può quindi accettare la superiore decisione nel modo che s' intendesse aver quella legge parlato dei titoli anteriori in quanto potessero dar causa all' ipoteca, non in quanto producessero un' ipoteca *ipso jure* sotto le successive leggi austriache.

E questa maniera d' interpretazione si può rinforzare coll' autorità della stessa Notificazione che si interpreta; la quale nel successivo articolo 4, parrebbe presupporre la superiore decisione, perchè soggiunge: « *l' inscrizione però nei pubblici libri tanto* DELLE UNE CHE DELLE ALTRE (cioè delle ipoteche anteriori e posteriori alla pubblicazione del Codice

civile austriaco) *dovrà farsi pei corrispondenti effetti di ragione* giusta le forme e discipline della cessata legislazione. »

Quella preposizione *però* indica d'avvertire e di connettere la materia de' due articoli. E in questo secondo articolo si dice che una inscrizione dovrà farsi: e non si distingue in proposito delle ipoteche anteriori, le legali dalle convenzionali, le occulte da quelle soggette ad inscrizione. E quella inscrizione dovrà farsi *pei corrispondenti effetti di ragione*; e non si distingue se questa ragione sia la ragion civile del cessato Codice Napoleone, o la ragion civile del subentrato Codice civile austriaco, o la ragione universale civile. Quindi ci sembra che dicesse che tutte le ipoteche anteriori si conservassero se ed in quanto preesistevano in virtù delle leggi anteriori. Si conservavano implicitamente ed espressamente i titoli creditorii ed ipotecarii anteriori; si conservavano nella loro estensione. Ma questi titoli, siccome non attribuivano per le leggi anteriori un diritto reale sui beni che non appartenevano ancora al debitore, passarono sotto l'impero della legge austriaca allo stato come si trovavano; cioè allo stato di titolo. E questi titoli si conservarono appunto nella originaria estensione. Potevasi quindi per essi ipotecare i beni che sariano pervenuti al debitore nel tempo in cui presero vigore le leggi austriache. Ma siccome non erano altro che un semplice titolo o attributivo o costitutivo, cioè o legale o convenzionale, così per acquistare al creditore un diritto reale d'ipoteca, doveano subire le nuovissime prescrizioni della legge austriaca vigente: doveano essere inscritti sopra i beni, sui quali volevasi acquistare una valida e reale ipoteca.

**8.** L'inscrizione è necessaria, dicemmo, affinchè il diritto di ipoteca sia reale, ossia ottenga efficacia contro i terzi. L'inscrizione adunque è un mezzo col quale far conoscere ai terzi la esistenza dell'ipoteca: è un criterio conoscitivo di questo diritto reale.

Non si esige per l'efficacia di essa contro il debitore, perchè in suo riguardo è bastevole il diritto personale; ma è necessario perchè si possa opporre a tutti i terzi che avessero ottenuto sul fondo qualche diritto reale (1). Ma i terzi che avessero avuto in ogni altro modo la cognizione dell'ipoteca, potrebbero essi tuttavia opporre la nullità dell'ipoteca non inscritta? O in altri termini: oltre l'inscrizione, ci ha egli qualche altro modo di far conoscere ai terzi l'ipoteca costitutiva? Senza dubbio che ci ha. Ma questi altri modi di cognizione bastano essi a costituire la realità dell'ipoteca, a darle efficacia contro i terzi che ne ebbero cognizione?

L'argomento è scabroso; e rimandiamo il leggitore alla trattazione del § XLVIII num. 6, ove ragioniamo partitamente del valore giuridico dell'iscrizione, secondo le contingenze de' varii casi.

(1) Grenier, *hyp.* num. 66. Degli Sforza, *diritto di pegno* cap. 4. § 12.

Passiamo ora ad esaminare i modi coi quali la legge vuol regolate le iscrizioni.

## § XXIII.

**Le inscrizioni si fanno a quell'ufficio di conservazione delle ipoteche, nel cui circondario sono situati i beni sottoposti all' ipoteca.**

*Art. 2146. Cod. Nap. art. 1. Notif. gov. 16 marzo 1816.*

**SOMMARIO.**

1. Della giurisdizione reale degli ufficii destinati alla iscrizione delle ipoteche.
2. Del circondario giurisdizionale di essi.

**1.** La pubblicità ipotecaria mediante le inscrizioni nei pubblici libri suppone l'organizzazione di ufficii destinati a ricevere le inscrizioni stesse e a conservarle a servizio del pubblico. Questi ufficii devono essere collocati in più luoghi, onde sieno di facile accesso ai particolari. Bisogna dunque prima di tutto che la legge ne determini il circondario territoriale e la loro sfera d'azione.

Il loro circondario è reale: è determinato in relazione ai fondi ipotecati, non in riguardo al domicilio personale de'cittadini. La sua giurisdizione è reale, perchè i suoi registri sono destinati a rappresentare la condizione giuridica della proprietà stabile nel limitato rapporto delle ipoteche.

Quindi consegue che tutte le iscrizioni devono essere prese presso quegli ufficii, nel di cui circondario sono situati rispettivamente i fondi colpiti dall'ipoteca che si viene ad iscrivere. Questa è la precisa disposizione dell'art. 2146 del Codice Napoleone, materia del presente § (1), e che fu riprodotta in molte leggi posteriori (2).

(1) A questo articolo corrispondono l'art. 2040 del Cod. delle due Sicilie, l'art. 2255 del Cod. Sardo, l'art. 2192 del Cod. parmense, l'art. 1162 del Cod. del Canton Ticino, l'art. 2197 del Cod. modenese, l'art. 140 del regol. legisl. gregoriano e l'art. 78 del motuprop. ipot. toscano.

(2) Fu riprodotta nell'art. 2 del Decreto italico 29 marzo 1806, nell'art. 123 del Regolam. italico 19 aprile 1606, nell'art. 3 del Decreto ital. 25 ottobre 1808 e negli art. 1. 3. 15. 16 e 21 della sovrane Patente 16 giugno 1826 sovracitata nel § XXII. num. 5.

Se l'inscrizione si praticasse in ufficio incompetente, essa riuscirebbe nulla e come non avvenuta, per la ragione che non potea essere conosciuta dal pubblico; avvegnachè gli interessati cercando la condizione giuridica del fondo che si volle ipotecare, farebbero invano le loro ricerche presso l'ufficio competente (1). Lo stesso si deve dire nel caso che il fondo ipotecato o più fondi ipotecati giacessero in più circondarj: l'inscrizione dovrebbe essere presa in ciascun ufficio separatamente e rispettivamente per ciascun fondo o per ciascuna parte (2). E questa è la precisa disposizione dell'art. 3 del Decreto italico 25 ottobre 1808, secondo il quale l'inscrizione delle ipoteche anteriori all'attivazione del Codice Napoleone conservavale soltanto sui beni compresi nel circondario di quell'ufficio presso il quale fu presa; *cosicchè per conservare il privilegio o l'ipoteca sopra beni immobili posti in diversi circondarii, si rende necessaria l'inscrizione in ciascuno dei rispettivi ufficii.* (3).

**2.** Interessa al creditore che vuol praticare un' efficace inscrizione ipotecaria di conoscere quale sia l' ufficio competente secondo la sua giurisdizione reale. Interessa tal altra volta al giureconsulto di conoscere se alcuna inscrizione nuova od antica sia stata accesa in luogo adatto o meno. A questo fine ricordiamo qui le principali leggi che delimitarono queste locali giurisdizioni.

Dopo attivato il Codice Napoleone nel Regno d' Italia, il Decreto vicereale 29 marzo 1806 ordinava la provvisoria inscrizione dei privilegi e delle ipoteche all'ufficio del registro degli atti e contratti (4). Col Regolamento 19 aprile 1806 si organizzarono gli ufficii ipotecarj, e all'art. 47 disponevasi «vi sarà necessariamente un ufficio delle ipoteche nel comune ove risiede un tribunale civile di prima istanza ». Col successivo Decreto 16 ottobre 1807 non si derogava a questa norma: ma si accresceva il numero degli ufficii frazionando le anteriori giurisdizioni, secondo le tabelle ivi unite. Ma tosto dovea apparire come ne fosse soverchiamente accresciuto il numero; cosicchè per il Decreto 16 dicembre 1808 ritornavasi all'anteriore sistema, e col primo gennajo 1809 si concentrarono gli ufficii della conservazione delle ipoteche nei comuni di residenza delle Corti di giustizia e dei tribunali di prima istanza: assegnando ad essi quello stesso circondario che era assegnato per la giurisdizione civile della Corte di giustizia e del tribunale di prima istanza residente nel comune.

Per tal modo la giurisdizione intermedia portata dal succitato Decreto 16 ottobre 1807 non funzionò che nel breve termine decorso dal giorno

(1) Tarrible, *Repert. v. inscription hypot.* § 5. num. 1. Favard de Langlade, *Repert. v. inscription hypoth.* Sec. 1.

(2) Grenier, *hypothèques*, num. 71. Tarrible, *Repert. inscription hyp.* § 5. num. 1.

(3) Questa disposizione fu tradotta nell'art. 140 del regolamento legislativo di Gregorio XVI, e nell'art. 78 della legge ipotecaria di Toscana.

(4) Vedi nel precedente § XXII. num. 5.

primo del novembre del 1807, epoca in cui furono aperti al pubblico gli ufficii ipotecarii (1) al primo giorno di gennajo 1809.

Il circondario delle Corti di giustizia e dei tribunali di prima istanza era stato delineato nella tabella unita al Decreto italico 19 giugno 1807 in base al comparto territoriale amministrativo del Regno d'Italia pubblicato col Decreto 8 giugno 1805, e per le provincie venete a quel Regno aggregate dappoi in base alle organizzazioni eseguite a termini del Decreto 10 marzo 1807; in quanto che per il Regolamento organico della giustizia civile e punitiva del 13 giugno 1806, nell'articolo 58 ad ogni dipartimento amministrativo si assegnava una Corte di prima istanza di giustizia civile e criminale, e col Decreto 17 giugno 1806 si determinava in quali comuni dei singoli dipartimenti si costituivano le Corti di cassazione, le Corti d'appello, le Corti di prima istanza e i Tribunali di prima istanza, che erano una sezione delle Corte di prima istanza (art. 58-61.) Così pure col Decreto 27 gennajo 1808 pubblicavasi l'unione del distretto di Lonigo al dipartimento dell' Adige, dopo essere stato distaccato da quello del Bacchiglione: colla rispettiva distrettuazione (2).

Subentrata la legislazione austriaca, la Determinazione del governo lombardo all'art. 1 mantenne fino a nuova disposizione gli ufficii delle ipoteche, e li confermò secondo l'organizzazione in cui si trovavano allora.

Così per il Veneto il Decreto 1 luglio 1816 del Governo locale dichiarò che malgrado il compartimento territoriale 30 novembre 1815, non dovesse farsi alcuna innovazione riguardo alle inscrizioni ipotecarie, le quali dovessero eseguirsi nei circondarii dei tribunali giudiziarii (3). Coll'altra Notificazione del Governo veneto 22 gennajo 1818 si dichiarò che il riparto giurisdizionale dei tribunali suddetti in riguardo al circondario proprio all' ufficii ipotecarii fosse quello regolato nella sua Notificazione 15 giugno 1816 (4). E il Decreto aulico 20 agosto 1825 dichiarò rimanere intatto il circondario assegnato agli ufficii delle ipoteche col Decreto italico 16 dicembre 1808, quantunque il nuovo compartimento territoriale 12 febbrajo 1816 avesse servito di base ad una nuova distrettuazione giudiziaria nel 3 febbrajo 1818 (5).

Però la sovrana Patente 19 giugno 1826 contiene questa generale disposizione all'art. 13 » chiunque voglia conservare l'effetto d'inscrizioni ipotecarie prese in passato presso ufficii che non appartengono più al Regno lombardo-veneto a carico d'immobili situati nell'attuale territorio di detto Regno, come per esempio presso l'ufficio di Ferrara rispetto al

(1) Decreto ital. 16 ottobre 1807. art. 7.

(2) Vedansi in proposito la nota 21 dicembre 1815 della regia Procura gen. di Vicenza: e la circolare 15 febbr. 1814 della Procura gen. del Bacchiglione.

(3) Vedi anche la Circolare del Demanio veneto 9 agosto 1816.

(4) Vedi anche le altre Notificazioni 8 luglio 1818, 9 maggio e 4 dicembre 1827 dello stesso Governo veneto.

(5) Vedi la circolare dell'appello lombardo 31 agosto 1825.

Polésine austriaco, e presso quello di Reggio rispetto al comune di Rolo aggregato alla provincia mantovana, deve rinnovarle entro il termine stabilito all' articolo 3 (cioè entro il mese di giugno 1828 come dissimo nel § XXII. n. 5) presso l'ufficio delle ipoteche austriaco del circondario in cui si trovano i beni relativi. Scaduto il detto termine, le ipoteche inscritte nell'ufficio estero, delle quali non si fosse rinnovata l'inscrizione, cesseranno di aver effetto sopra i beni giacenti nel territorio austriaco, quantunque non fosse ancora scaduto il rispettivo decennio » (1).

Durante l' assedio di Venezia susseguito ai moti politici del 1848, i Conservatori delle ipoteche di Udine, Rovigo e Treviso accettarono le inscrizioni sovra i beni compresi nel circondario dell'ufficio di Venezia. La qual pratica fu approvata temporariamente colla Notificazione 14 dicembre 1848 del Commissario imperiale plenipotenziario, fino a che fu tolta colla Notificazione 28 agosto 1849.

La stessa pratica era stata accreditata dal Governo provvisorio di Lombardia col Decreto 18 maggio 1848 nel delegare l' ufficio delle ipoteche di Cremona a ricevere le inscrizioni destinate all'ufficio di Mantova. E questa pratica fu pur tollerata per gli effetti prodotti, ma fu poi sospesa dalla Notificazione 24 agosto 1848 del Governo generale austriaco.

Colle notificazioni della Luogotenenza di Venezia 27 settembre 1854, e 27 ottobre 1854 si prescriveva: le parti che dal 2 novembre 1853 fino alla pubblicazione della suddetta notificazione (27 settembre) avessero chieste e praticate delle inscrizioni ed operazioni ipotecarie presso un'ufficio incompetente, in causa del variato compartimento giudiziario politico, vengono diffidate: che per conservare la validità, priorità e poziorità delle dette inscrizioni ed operazioni retroattivamente alla loro esecuzione all' ufficio incompetente, in quanto del resto fossero praticate a termine di legge, dovranno rinnovarle nel termine *di tre mesi* decorribili dalla pubblicazione della presente Notificazione nel bollettino provinciale, presso l'ufficio competente, sotto pena, in difetto, della perenzione del diritto ipotecario rispetto ai beni che non fossero soggetti al circondario dell' ufficio, presso cui furono chieste ed eseguite. (2)

(1) Vedi il successivo § XLIX ove trattiamo delle rinnovazioni.

(2) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 6, 1854. num. 144. 145.

## § XXIV.

Per fare l' inscrizione il creditore presenta o fa presentare al conservatore delle ipoteche l'originale o una copia autentica dell'atto da cui nasce l'ipoteca. Egli vi unisce due note, una delle quali può anche estendersi a piedi del documento. Esse contengono: 1.º il nome, cognome, paternità, domicilio del creditore, la sua professione se ne ha, e l'elezione da esso fatta di un domicilio in un luogo qualunque del circondario dell'ufficio; 2.º il nome, cognome, paternità, domicilio del debitore, la sua professione se ne ha una conosciuta, o una indicazione individuale e speciale fatta in modo che il conservatore possa in ogni caso conoscere e distinguere la persona gravata dell'ipoteca; e se il debitore è defunto, basterà l'indicazione del defunto senza obbligo di nominare gli eredi o successori del medesimo; 3.º la data e la natura del titolo; 4.º l'importo dei crediti capitali espressi nel titolo, o valutati dall'inscrivente riguardo alle rendite ed alle prestazioni, o ai diritti eventuali, condizionali o indeterminati, come pure l'importo degli accessorii di questi capitali e il tempo in cui sono esigibili; 5.º l'indicazione della qualità e situazione dei beni sui quali intende di conservare l'ipoteca.

*Arg. dagl' art. 2148 e 2149, del Codice civile francese, dagli art. 83, 68 e 69 del Regolamento italico 19 aprile 1806, dall'art. 18 del Decreto italico 12 dicembre 1812, e dal Decreto 30 dicembre 1816 dell' appello veneto.*

**SOMMARIO.**

1. Della presentazione del titolo ipotecario. Se si esigga ancor quella del titolo creditorio. Se questa presentazione sia essenziale alla validità dell'inscrizione.
2. Delle note per l'inscrizione e dei loro requisiti.
3. Del criterio per giudicare se l'inosservanza di alcuna formalità dell'iscrizione l'annulli.
4. Se sia requisito essenziale la designazione del creditore.
5. Questa designazione può farsi con termini equivalenti a quelli prescritti dalla legge.
6. Della designazione del debitore.

7. Dell'indicazione del titolo.
8. Dell'indicazione dell'importo del credito e de' suoi accessorii.
9. Dell'indicazione dell'esigibilità del credito. Se trascurata tragga seco la nullità dell'inscrizione in riguardo ai terzi.
10. Della designazione dello stabile ipotecato.

**1.** Riconosciuto il dove si debba rivolgere il creditore per l'inscrizione, vediamo in qual modo la debba praticare.

Questo modo è regolato dagli articoli 2148 e 2149 Codice Napoleone, che abbiamo tradotti nel presente §, in quanto prescrivono la presentazione del titolo o dell'atto dal quale nasce l'ipoteca, e di due note delle quali descrive tutte le indicazioni che devono contenere alla compilezza della formola ipotecaria da pubblicarsi.

Nel § XXI abbiamo veduto come debba essere e cosa debba contenere il titolo ipotecario. E dicemmo che deve contenere il titolo creditorio o per lo meno la causa del debito che si vuole assicurare nel titolo ipotecario e colla successiva inscrizione: e questa indicazione è necessaria al fine di escludere la possibilità che il creditore adoperi lo stesso titolo ipotecario ad un diverso credito o per un credito posteriore all'inscrizione in danno dei successivi creditori, come avvertiremo meglio in appresso (numero 7).

Però basterà che il titolo ipotecario contenga quella semplice indicazione del titolo creditorio? o non veramente richiede la legge che si presentino al Conservatore ambedue i titoli, nel caso che sieno distinti? Questo dubbio saria motivato nella vigente legislazione, perciocchè (come vedremo sotto il § XXXV) la legge 27 e 28 aprile 1824 delle prenotazioni al § 5 ingiunge al creditore, che richiede la prenotazione presso il Conservatore, di presentargli il documento ossia il titolo originale da prenotarsi, il qual titolo può essere talvolta il creditorio semplice, quando la prenotazione fosse stata concessa dal giudice e si inscrivesse in mancanza d'un titolo convenzionale ipotecario. Ben è vero che il decreto del giudice supplisce come titolo ipotecario: ma la legge richiede la presentazione dell'uno e dell'altro (nostri §§ successivi XXXIV e XL) (1). Però si deve osservare che il caso è speciale alla prenotazione: perchè la legge vuole che il creditore dimetta nell'istanza per la prenotazione il documento comprovante il suo decreto. Il giudice concede colla prenotazione un diritto d'ipoteca che è condizionato alla verificazione del credito (§ XXXI): non può concederla *ex primo decreto* se non gli si esibisce un qualche documento che lo provi o almeno lo faccia probabile: se il creditore non può presentare il documento originale la prenotazione si concede bensì dal giudice, ma con questa altra condizione, che quel documento originale si esibisca al Conservatore (§ XXXV).

(1) Anche nell'art. 141 del regolam. ipot. gregoriano si prescrive la presentazione *dei documenti dai quali emerge il diritto ipotecario.*

Diversa è la cosa in riguardo al titolo autentico convenzionale: perchè il titolo giudiziale della prenotazione non si concede se non si provi sommariamente la preesistenza del eredito: invece il titolo convenzionale è concesso incondizionatamente dal proprietario.

Vale adunque la formale disposizione dell'articolo 2148 del Codice Napoleone in questo, che basta la produzione dell'atto anteriore dal quale nasce l'ipoteca. Nè si vorrà trarre una diversa conclusione dall'articolo 7 della sovrana Patente 19 giugno 1826 (1), ove alludendo alla inscrizione delle ipoteche legali cagionale dal Codice civile italiano prescrive che si dovessero produrre in originale ovvero in copia autentica i contratti e le convenzioni matrimoniali, se ne esistono, gli eventuali atti di liquidazione del debito dei tutori e curatori, *e generalmente gli originali ovvero le copie autentiche dei documenti dai quali dipende l'ipoteca*. Imperocchè in questa legge si parla d'ipoteche che per essere derivate immediatamente dalla legge, senza l'intermedio ministero del giudice, mancavano d'un apposito documento ipotecario che si potesse produrre al conservatore. Anzi qui si confermerebbe meglio quel che diciamo coll'articolo 2148 del Codice Napoleone, che basti cioè che si presenti l'atto dal quale risulta immediatamente il diritto all'inscrizione. Il titolo ipotecario convenzionale per sè solo è causa immediata e sufficiente. E il Conservatore non dovrebbe cercar altro, se non di constatare nel titolo esibito la legge del proprietario che vincola la proprietà sua. Imputi costui a sè medesimo se per un debito insussistente concedè un'ipoteca, e deteriorò con essa il credito e la libera disponibilità delle cose sue.

Questa conclusione fu pure in un caso simile sostenuta da Guichard a questo modo: se il credito risulta da un primo titolo e l'ipoteca da un atto posteriore, è sopratutto l'atto costitutivo dell'ipoteca che bisogna annunciare nell'inscrizione colla sua data. (2)

Ma si può domandare ancora: è veramente necessario alla validità dell'ipoteca che si presenti al Conservatore il titolo? se non lo si presenta può il Conservatore rifiutare l'inscrizione? se tuttavia si fosse prestato, varrà l'inscrizione ipotecaria presa in tal guisa?

Cominciamo a sceverare quelle ipoteche anteriori al Codice civile austriaco che dovettero per la sovrana Patente 19 giugno 1826 essere inscritte e specializzate; per la quale inscrizione la legge esentuava il Conservatore dall'ispezionarne il titolo originario. Per le altre ipoteche opinano che il conservatore possa rifiutarsi all'iscrizione Persil (3), Tarrible (4) e Troplong (5); ma l'articolo 2199 del Codice Napoleone e

(1) Della quale dissime nel § XXII. n. 3. e nel § XXIII.

(2) Guichard, *Jurisprud. hyp.* num. 7. presso Sirey. *Jurisprudence*, tom. 10. par. 2. pag. 230.

(3) Persil. *Régime. hyp.* art. 2148. n. 2.

(4) Tarrible, *Repert.* v. *inscription.* § 3. num. 6.

(5) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 443. bis. e num. 677.

l'articolo 101 del Regolamento 19 aprile 1806 proibiscono al Conservatore di rifiutare o ritardare l'inscrizione in verun caso. Però questo non monta: perchè prima di tutto il creditore deve uniformarsi alla legge: e questa d'altronde coll'articolo 53 del Regolamento suddetto gli ingiunge *per ottenere* l'inscrizione che presenti al Conservatore il titolo di cui diciamo.

Se ciononostante il Conservatore avesse praticata l'inscrizione, i sullodati giureconsulti con Favard de Langlade (1), con Merlin e un decreto della Corte francese di cassazione (2), e il nostro Foramiti (3) conchiudono che la presentazione del titolo non è formalità essenziale: e siccome non appare nella formola dell'inscrizione se non colla menzione della data e della natura sua, perciò non interessa ai terzi, ai quali poco può importare una formalità che non accresce d'un punto la pubblicità ed evidenza del diritto inscritto.

**2.** Deve il creditore presentare due note, l'una delle quali può anche stendersi ai piedi della copia del documento. Esse devono contenere tutto quello che è necessario che appaja dalla inscrizione. Per l'articolo 2148 del Codice civile francese (4) si vede quanto il legislatore fosse ligio al sistema della pubblicità e della specialità, e avesse voluto che i creditori e i terzi trovassero nell'inscrizione tutti quei documenti che possono schiarire la posizione del debitore (5), e tutti quei dati insieme che fossero necessarii alla dimostrazione e all'efficacia dell'ipoteca stessa.

La presentazione di queste due note, avvertono Persil (6) e Tarrible (7), è una formalità necessaria perchè l'ipoteca sia valida; il Conservatore non potrebbe permettersi di estrarle egli medesimo dal titolo ipotecario esibito.

Io però non vedo che si possano così facilmente comminare le nullità ipotecarie; e propenderei verso l'opinione di Favard de Langlade, che non reputa questa della presentazione delle note una formalità più sostanziale di quella che non sia la presentazione del titolo. Avvegnachè l'una e l'altra sieno ordinate nell'interesse e per garanzia del solo Conservatore; il quale si fa esibire il titolo per torsi quella qualsiasi molestia de'danni ed interessi che il proprietario, gli procaccrebbe, come in-

(1) Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription.* sect. 5. n. 2.

(2) Decreto 18 giugno 1823 in Sirey. *Recueil gen.* tom. 33. par. 1. pag. 641.

(3) Foramiti. *encicloped. legale*, v. *inscrizione ipot.* vers. *se la mancanza.* tom. 3. pag. 112.

(4) A questo articolo, salve le modificazioni che si notano in seguito sono conformi l'art. 2042. del Cod. delle due Sicilie, l'art. 2135. del Cod. di Parma, l'art. 1161. del Cod. del Canton Ticino, l'art. 2245. del Cod. albertino, l'art. 142. del Regolamento pontificio, l'art. 92. legge ipot. toscana, e l'art. 2198 del Codice estense.

(5) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 665 a num. 679.

(6) Persil, *Régime hypoth.* artic. 2148. num. 3.

(7) Tarrible, *Repert.* v. *inscription hyp.* § 5. n. 7.

debitamente aggravato dalla sua negligenza. Egli conserva l'una delle due note per provare che l'inserizione, nel caso riescisse difettosa, non lo fu per sua colpa. L'interesse pubblico in ciò è affatto estraneo (1).

Perchè le note producano una valida inscrizione, devono somministrare tutti i dati componenti la sua formola. Devono dunque contenere:

*a)* il nome, cognome, domicilio del creditore, la sua professione se ne ha; e l'elezione da esso fatta di un domicilio in un luogo qualunque del circondario dell'ufficio. Il Decreto 30 dicembre 1816, N. 10393 dell'Appello veneto, suggerì che si aggiungesse anche l'indicazione della paternità del creditore (2); come si trova prescritto nell'articolo 142 del Regolamento pontificio e nell'articolo 2198 del Codice estense.

*b)* il nome cognome domicilio del debitore, la sua professione se ne ha una conosciuta, o una indicazione individuata e speciale fatta in modo che il Conservatore possa in ogni caso conoscere e distinguere la persona gravata dell'ipoteca. Aggiungasi quindi anche la paternità, come importa il succitato Decreto, e si trova prescritto nell'articolo 2243 del Codice sardo: nell'articolo 82 della legge ipotecaria di Toscana, e nei luoghi delle sopra citate leggi italiane.

*c)* la data e la natura del titolo. Nell'articolo 2193 del Codice di Parma, nell'articolo 142 del Regolamento pontificio, e nell'articolo 2198 del Codice estense si domanda anche l'indicazione della causa del credito. Il Codice albertino vuole anche il nome del notajo che ha ricevuto l'atto. L'articolo 82 del motuproprio ipotecario toscano esige la menzione della natura del titolo, e della data dell'atto.

*d)* l'importo de' crediti capitali espressi nel titolo o valutati dall'inscrivente riguardo alle rendite ed alle prestazioni o ai diritti eventuali condizionali o indeterminati, come pure l'importo degli accessorii di questi capitali e il tempo in cui sono esigibili.

*e)* l'indicazione della qualità e situazione dei beni sui quali intende il creditore di conservare l'ipoteca.

Noi dobbiamo passare in esame ciascuna di queste formalità, onde vedere le conseguenze giuridiche derivanti dalla inosservanza di alcuna di esse.

**3.** Per conoscere queste conseguenze giuridiche bisogna da principio indagare l'intendimento da cui fu determinata la legge a prescrivere tutte le suddette forme, e a comporre con essa la modula dell'inscrizione Trattandosi della nullità d'inscrizioni che rappresentano talvolta tutta la fortuna de'cittadini, l'ermeneutica non deve solo adoprarsi sulla lettera della legge senza ricercarne lo spirito, e affrettarsi a conclusioni, le quali riescono tanto più disastrose quanto maggiore è il numero e la complicazione delle forme prestabilite: avvegnachè ciascuna prescrizione, cia-

(1) Favard de Langlade, *Repert. v. inscription. sect.* 5. n. 3.

(2) E la Circolare govern. veneta 22 giugno 1816. Collez. delle leggi giudiz. vol. 8. f. 161.

scuna parola interpretata per sè sola con un criterio esclusivamente grammaticale, diviene una funesta occasione per la negazione del diritto che ne dipende (1). E questo avvenne ne'primi giorni del reggime della legge del brumale, il di cui art. 17 fu alla lettera trasportato nell'art. 2148 del Codice civile francese (2); chè ogni singola parola fu considerata come una prescrizione sacramentale, e i tribunali annullarono moltissime iscrizioni per un'insignificante ommissione od inesattezza. E questo costume durò pure ne'primi tempi dell'attivazione di quel Codice civile. (3)

« Le conseguenze di questa severità divennero tanto funeste, secondo disse Grenier (4), che destarono una forte reazione nella giurisprudenza, e per essa si venne a sensi più benigni. Ed era ben naturale che l'interesse pubblico protestasse contro questi impacci, e col senso dell' utilità meglio si interpretasse la legge, che non coll' esoso dogmatismo della pratica forese. »

S'incominciò dall'avvertire come la legge prudentemente si fosse astenuta dal comminare la nullità alla totale od imperfetta osservanza di ciascuna delle sue prescrizioni: che cotale conseguenza non doveasi ricevere se non nel caso della inosservanza di formalità concernenti la sostanza dell'atto, e non già di quelle che avessero un interesse secondario e non relativo ai terzi. (5) »

» È lo spirito della legge che bisogna consultare, a detta di Guichard, per distinguere quali delle formalità prescritte arrechino la temuta nullità. Qual'è, si domanda, il fine essenziale che il legislatore si è proposto nel volere che ogni ipoteca fosse iscritta? Non altro che quello di rendere tutte le ipoteche pubbliche e visibili, per mò di dire. Non altro che quello di prevenire le frodi, gli abusi e gli inganni, che nell'antico reggime risultarono dall'occultezza loro. Non altro che quello di procurare a qualunque cittadino bramasse di contrattare con un proprietario d'immobili, la possibilità di presto verificare la libertà o la estensione dei pesi inerenti a'suoi beni. Tutte le volte che un'iscrizione adempierà *sufficientemente* a questa bisogna, sarà giudicata valida.... *E si reputeranno formalità essenziali quelle, la di cui omissione avesse potuto essere pregiudizievole ai terzi, lasciando loro ignorare ciò che loro importava di conoscere relativamente ai debiti ed agli impegni del debitore* (6).» E come scrisse Favard de Langlade: si devono reputare come sostanziali quelle

(1) Grenier. *hyp.* num. 72 e 78.

(2) Maleville, analyse du Cod. art. 2148. Favard de Langlade, *Repert.* v. *Inscription. hyp.* sect. 5. num. 1.

(3) Grenier, *hyp.* num. 70. Tarrible, nel *Repert. di Merlin*, v. *Inscription hypoth.* § 5. numero 3. Troplong *des priv. et hyp.* num. 666.

(4) loco citato.

(5) Tarrible, Repert. v. *inscription. hypoth.* § 5. num. 3. Grenier, *hyp.* num. 70. Favard de Langlade. *Repert.* v. *Inscription.* sect. 5. n. 1. Troplong. *des priv. et hyp.* num. 667. 668. bis. Arrêt della Corte di Cassazione 15 maggio 1809.

(6) *Jurisprudence hyp.* num. 4-6. citata in Sirey, *Jurisprudence*, tom. 10. par. 2. pag. 249. Criterio accettato da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 668, bis. e 669.

formalità che tengono essenzialmente alla pubblicità, vera base del reggime ipotecario (1).

Quest'ultima proposizione ci rappresenta un criterio ottimo direttivo nell'interpretazione della legge, che era pur stato formulato da Merlin e da Grenier in questa guisa: « l'iscrizione avere per iscopo di dare alle ipoteche una pubblicità adatta a guarantire i terzi interessati da ogni specie di frode (2). »

Penetrata per tal modo l'equità in questo labirinto di prescrizioni, si cominciò così nella pratica che nella dottrina a declinare alquanto dall'osservanza letterale della legge; e si stabilì che fossero sufficienti le indicazioni *equivalenti*, ossia quelle che raggiungessero possibilmente lo scopo della legge; la quale richiederebbe quelle indicazioni che fossero sufficienti a far conoscere la portata dell'ipoteca in confronto ai terzi (3).

Posto questo largo criterio non era però facile l'applicarlo nello scegliere quale tralle varie prescrizioni non fossero sostanziali, od in qual modo si potesse bastantemente adempiere al voto della legge. Non era quindi meraviglia se la giurisprudenza dei giudicati errasse in un mare pericoloso di incertezze (4).

Però alcune legislazioni ipotecarie d'oltrepò, e in qualche riguardo anche la nostra, esibiscono un criterio concreto: quali sarebbero il Codice di Parma nell'art. 2197, il Regolamento legislativo di Romagna negli art. 151-154, la legge ipotecaria di Toscana nell'art. 86, e il Codice modenese nell'art. 2201.

Indipendentemente da questo criterio positivo, si può applicare subito quel criterio razionale, coll'avvertire con Grenier (5), col Decreto 22 giugno 1819 della Corte d'appello di Besançon (6) e con Troplong (7) che nè il debitore, nè il costituente dell'ipoteca, nè i loro successori universali non potrebbero opporre la querela di nullità ad un'iscrizione da essi o per essi acconsentita, perchè l'iscrizione interessa solo ai terzi, ed essi non possono venire contro o il proprio debito, e il fatto proprio o de'loro datori.

Soltanto i creditori ipotecarii e chirografarii e i terzi possessori dello stabile ipotecato il possono.

**4.** Venendo alla deduzione pratica di quel criterio razionale incominciamo dalla designazione del creditore.

Non s'accordano i giureconsulti francesi nello stabilire se questa indi-

(1) Favard, *Repertoire*, v. *Inscription*. sect. 5. nom. 1.

(2) Grenier, loco citato e num. 70-72 e 77. Vedasi con ciò come sia storta l'opinione del nostro Foramiti, *Enciclopedia legale*, v. *inscrizione ipotecaria*. pag. 112, che non vuol sapere di questa distinzione, ma vuole che la validità dell'ipoteca dipenda dall'osservanza letterale della legge.

(3) Troplong des priv. et hyp. num. 668.

(4) Troplong, num. 669.

(5) *hyp*. num. 90 e 96.

(6) Sirèy. *Jurisprud*. tomo 13. parte 2. pag. 518.

(7) *Des priv. et hyp*, num. 679.

cazione sia necessaria affatto, come sostanziale alla validità dell' ipoteca. Persil (1), Grenier (2), Toullier (3) e Favard de Langlade (4) lo affermano; Tarrible (5) e Troplong (6) sono di contrario avviso. La legge, insegna quest' ultimo scrittore, dev' essere rispettata, il creditore deve uniformarsi alle sue prescrizioni, mettendo a cognizione del pubblico il nome, il prenome, il suo domicilio, la sua professione, e deve scegliere, se non l'ha, un domicilio nel circondario dell' uffiçio del conservatore. Ma se per caso omettesse queste indicazioni, l'inscrizione starebbe tuttavia; perchè la legge non disse che fosse nulla ed inefficace. Se questo argomento concludesse, non si saprebbe qual'inscrizione si potesse annullare; perchè la legge francese non commina specialmente alcuna nullità per le altre forme dell' inscrizione. Quella ragione adunque non conclude. E si può anche rispondere con Spinnael, l' annotatore belgio di Troplong (7), che non è neppur vero che quella legge non importi la nullità alle difettose inscrizioni; perchè l'art. 2134 del Codice Napoleone arreca che l'ipoteca non attribuisce prelazione fra i creditori, se non dal giorno dell'inscrizione, che fosse presa *nella forma e nel modo prescritto dalla legge*. Però non è neppur vero che la legge debba in questo caso essere osservata alla lettera: basterebbe che fosse osservata nello spirito. Nel che converrebbe lo stesso Spinnael con dire che questa indicazione debba farsi non nel modo preciso e letterale della legge, *ma in termini equivalenti*.

Ma rimane ancora a chiedere se per conservare efficace l' inscrizione si potesse ancora prescindere da questo emendamento: se l' inscrizione possa tenere, sebbene non contenga nessuna designazione in riguardo alla persona del creditore. E per questo proposito rimane ancora a chiedere se la legge prescrivendo quell'indicazione abbia prescritto una formalità essenziale all'inscrizione. Troplong dice che non è sostanziale, che non è necessaria alla finalità dell'inscrizione: avvegnachè i terzi non abbiano interesse veruno a conoscere la persona precisa del creditore che li precede. Esaminiamo se questa proposizione sia vera. La designazione del creditore deve apparire ne' registri affinchè egli possa ricevere le intimazioni nel caso di espropriazione e purgazione dello stabile ipotecato, e nel caso d' un concorso. Se il suo nome e le indicazioni accessorie non apparissero, per difetto d'intimazione perderebbe il suo diritto; ma se egli tuttavia s'insinuasse, potria chiedere la collocazione che gli appartiene: nè potrebbe essere respinto se tale difetto dell' inscrizione non nuocque nè ai terzi, nè a lui. I terzi tutt'al più non sapendo chi

(1) Persil, *régime hyp.* art. 2148. § 1. n. 4.
(2) Grenier, *hypotéhq.* nom. 72.
(3) Toullier, *droit. civ.* tom. 4. n. 510.
(4) Favard de Langlade. *Repert.* v. *inscription hypoth.* secl. 5. num. 5.
(5) Tarrible. v. *Repert. inscription hypoth.* § 5. num. 8.
(6) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 668. bis, e 679.
(7) in notis a Troplong, *des priv. et hyp.* num. 679.

fosse egli, nè dove fosse, possono non fargli le notificazioni, che deve fare il curatore del concorso per il § 100 del Regolamento giudiziario, nè la notifica della subasta, come vogliono i §§ 139 e 140 dello stesso Regolamento. Ma se egli s' insinua, evita ogni danno: e l'effetto è identico, come se egli avesse notificato il suo nome e il suo domicilio ai registri ipotecarii.

Questo può essere l'unico fine per cui la legge ha prescritta quell'indicazione, e questo fine riguarda l' interesse del solo creditore. I terzi rimangono estranei; poichè diremo con Tarrible: « l' inscrizione deve indicare principalmente, e d' una maniera non equivoca, l'immobile ipotecario, la somma del debito, e la persona del debitore. Deve anche indicare la persona del creditore, non fosse altro se non perchè all' idea d'un debito è sempre correlativa quella d' un credito: ma questa designazione non interessa gran fatto al pubblico. » Imperocchè soggiungiamo, al pubblico deve bastare di conoscere che ci sia sopra il dato fondo e a carico del tal possessore un dato debito. Dell'a chi appartenga il credito non gli deve importare gran cosa.

« Si dirà forse, insiste Tarrible, che l'indicazione precisa del creditore sia necessaria ai successivi creditori ed acquirenti del fondo per giudicare della sussistenza e validità del credito inscritto? Ma si risponde che egli è impossibile, attesa la brevità de' termini coi quali è formulata l'inscrizione, di instituire un simile giudizio. E se si potesse, sarebbe assai pericoloso, non spettando ai terzi interessati la funzione di giudice. Solo possono sindacarla quando fosse dedotta nel giudizio d'ordine: e tuttavia in questo caso potriano impugnarla in riguardo al titolo e al credito, non per questo riguardo. (1) »

Agli oppositori, tra i quali Spinnaci, che dicono doversi osservare la legge nelle sue prescrizioni letterali, non doversene cercare la ragione ove il senso delle sue parole è indubitabile, doversi giudicare *non de legibus sed juxta leges*, noi rispondiamo con quest' ultima avvertenza: che è pure falsa quella interpretazione la quale stacca un aforismo dalla legge, e senza riguardo al suo complesso l'adatta al caso speciale. *Incivile est nisi tota lege perspecta* l'interpretare la legge com' essi fanno.

L'art. 2148 vuolsi comentare nel suo complesso, non in uno speciale alinea. Vuole la legge che l' inscrizione sia conformata in modo che da essa pubblicamente appaia il credito ipotecato. Il giureconsulto l'obbedirà quando ne'casi particolari rispondesse secondo che avria risposto il Legislatore. La ragione sociale della legge non può permettere che di essa si prenda solo l'austerità imperatoria e assoluta; ma la vera sua autorità, la sua santità, diremo, consiste nel suo carattere pratico. Ella comanda perchè così importa alla pace e alla sicurezza dei cittadini: non perchè per una irragionevole libidine di comando voglia ubbidita la sua parola

(1) Tarrible, *Repert.* v. *inscription hyp.* § 5. num. 8.

col sacrifizio de' sudditi. E questa interpretazione si trova autorizzata nella comparazione delle legislazioni ipotecarie italiane, le quali usufruirono della legislazione francese, molte volte assai meglio di quello che non facessero gli stessi francesi giureconsulti. Il Codice di Parma, l'antesignano de'Codici italiani moderni, nell'art. 2197 stanziava: le notificazioni saranno nulle, allorchè o non facciano conoscere la persona del debitore, o non esprimano la qualità dell'ipoteca, se cioè sia generale o speciale, ed in quest'ultimo caso, quale sia lo stabile o stabili che vi sono sottoposti. Se gli altri requisiti furono omessi (e vi si comprende la degnazione del creditore) l'art. 2199 importa che non sarebbe nulla l'ipoteca, ma solo perderebbe il creditore nel caso di concorso il diritto di essere rimborsato delle spese fatte per la notificazione. La stessa indulgenza fu adoperata negli art. 151 e 152 della vigente legge ipotecaria di Romagna. E nell'art. 86 della legge ipotecaria di Toscana, e negli art. 2201 e 2208 del Codice modenese si dice semplicemente che l'omissione del nome del creditore non vale ad annullare l'inscrizione. Questa benigna interpretazione fu pure osservata nei nostri tribunali, come si vide nel caso seguente. Fu venduto un fondo a Fermo Cantù: convennero un'ipoteca sul medesimo per il prezzo di lire 20 mila i venditori Giovanni V. e la sua prole nata e nascitura. Il curatore di questa prese inscrizione per tutto il credito. Oberato il Cantù: s'insinuarono il padre e i figli. Costoro furono classificati ipotecariamente per la loro quota di lire 8422. 50; il padre fu posto tra i chirografari. Interpose questi il gravame di priorità: fu respinto in prima istanza pel motivo che il nome di esso creditore era necessario nell'inscrizione del credito, perchè così è voluto dagli art. 53 e 68 del Decreto 19 aprile 1806, ed i registri ipotecarii sono aperti non pel solo debitore, ma anche per il creditore; ed il Legislatore non ha lasciato in libertà delle parti tale indicazione; chè l'art. 27 stabilisce anzi che l'ipoteca attribuirà prevalenza quando siasi fatta nelle forme é modi voluti dalla legge: l'attore V... non apparisce inscritto nelle tavole ipotecarie: egli dunque non ha conseguito una ipoteca sugli immobili descritti in petizione.

L'Appello lombardo con sentenza 11 giugno 1853, e la suprema Corte di cassazione con decisione 25 novembre 1853 riformarono la sentenza di prima istanza, accogliendo quel gravame. Udiamo i motivi d'Appello. » Non era a contrastarsi che la legge, la quale regola le iscrizioni, altra non sia se non l'art. 2148 del Cod. italico correlativo all'art. 68 del Regolamento organico 19 aprile 1806, conservato in vigore dalla legislazione attuale con Decreto 16 marzo 1816, e dal § 7 della sovrana Patente 19 giugno 1826. Molte sono le formalità da questa legge significate, ma non è nuova la tesi in materia ipotecaria, se, non pronunziando essa la pena di nullità contro l'inscrizione non rivestita d'ogni forma ivi prescritta, debba la nullità essere sottintesa, affinchè il precetto non vada senza sanzione.

« Presa astrattamente la tesi guiderebbe al dilemma: o la nullità è conseguenza della violazione, e si verifica violazione d'ogni forma: o la nullità non è conseguenza di violazione, e non si verificherebbe mai la violazione in qualsiasi delle forme suddette, senza eccezione o distinzione fra di loro, per il che tornerebbe ad inutilità la legge. »

« Era però la tesi medesima e troppo frequente e troppo importante, perchè non fornisse soggetto di profonda ponderazione: e se nei primi tempi del reggime ipotecario ogni osservanza di forma era strettamente richiesta ad ovviare la nullità, dovette dappoi la giurisprudenza avvedersi che un sistema *nimiæ et miseræ diligentiæ* tradiva lo scopo della legge stessa. »

« Fu quindi fra gli illustri trattatisti di questa materia introdotta una importantissima scolastica distinzione tra forma e forma. Taluna fu proclamata *essenziale*, quindi *indispensabile*; tal'altra *accidentale* o secondaria, e però di *mera cautela*. »

« Dettava una tal distinzione lo spirito della legge che regna in tutto il sistema ipotecario, il quale consiste nel volere che chi dà altrui il proprio denaro e la propria cosa trovi netto stato delle iscrizioni del suo debitore o di chi guarentisce per lui, tutti quei dati caratteristici, i quali lo pongono in condizione di conoscere e calcolare la posizione del debitore e del suo fidejussore. «

« Per giungere a questo scopo risulta certa la necessità di tre principali indicazioni — dell'immobile con quanto valga a stabilirne l'identità; — della persona del debitore o della persona che all'occorrenza intervenga per lui; — della quantità delle somme di cui quest' immobile risulti gravato. »

« Queste pertanto erano conosciute ed appellate *forme essenziali*, come quelle che positivamente ed esclusivamente regolano il criterio di tranquillità di chi si presta o ad un mutuo o ad un'acquisizione di proprietà. »

« E da tale esclusività d'ufficio di coteste forme essenziali desumesi il corollario che ogni altra forma si risolve in *accidentale* o meramente *precauzionale*, nè si presenta ragione onde la loro omissione condurre debba a nullità, dacchè la nullità nè è pronunciata dalla legge, nè consigliata dell'equità. (1) »

**5.** In questa conclusione è implicita quell'altra, cui si limitano Favard de Langlade (2) e Spinnael (3), che la designazione del creditore si possa fare in termini equivalenti a quelli che sono prescritti nelle parole della legge, o in termini tali che dimostrino sufficientemente, e quindi in qualunque maniera, chi sia il creditore che ha chiesta l'iscrizione: come ad

(1) Gazzetta de' Trib. di Milano, an. IV. 1854. num. 18.

(2) Che tratta largamente la materia nel suo *Repertoire*, v. *Inscription hypot.* Sect. 5. num. 5. 6.

(3) Spinnael, in notis a Troplong, *des priv. et hyp.* num. 679.

esempio con quel nome, col quale ei fosse ordinariamente designato in società. Noi non crediamo per questo di rinvenire sulla precedente conclusione: ma intendiamo solo di concedere il meno, che è implicito nel più che abbiamo concesso. Può del resto interessare alla pratica di conoscere la giurisprudenza in queste subordinate ricerche. Il Codice Albertino nell'art. 2278 conviene in questa seconda conclusione: poichè stabilisce che: « l'ommissione o l'erroneità d'alcuna delle indicazioni prescritte nel titolo costitutivo del credito, o nelle due note, non porteranno la nullità dell'iscrizione, salvo nel caso in cui vi sia *assoluta incertezza sulla persona del creditore* o del debitore, oppure sui beni gravati, o sulla natura, ed importare del diritto che si sarà voluto conservare. » Parimente il Codice olandese attivato nel 1838 stanziava nell'art. 1235 questa regola: « l'iscrizione non può essere annullata per l'omissione delle formalità prescritte, se non nel caso che essa non facesse *conoscere sufficientemente il creditore*, il debitore il debito, o il bene aggravato. » Tarrible (1) e Grenier (2) rinfrancano questa ulteriore dottrina osservando che l'art. 2148 ha dato un assai maggiore interesse alla designazione del debitore che non a quella del creditore: che alla pubblicità del sistema ipotecario ed allo scopo dell'iscrizione importa assai più che si determini il nome del debitore che non quello del creditore.

La giurisprudenza francese sempre più s'avvicina, salve alcune eccezioni, a questa maniera d'interpretare la legge in modo favorevole alla libertà delle contrattazioni. Persil seguendo il primo rigorismo della pratica francese ritenne essenziale all'iscrizione tutte le indicazioni volute dalla legge in riguardo alla persona e al domicilio del creditore. E s'argomentava da un decreto della Corte di cassazione del 7 settembre 1807 (3). Ma in occasione d'una causa agitata alla stessa Corte, Merlin procuratore generale, iniziava la più larga interpretazione con dire che il giudice non può pronunciare la nullità per difetto di tale o tal'altra indicazione, che la legge richiede per stabilire la designazione del creditore, quando d'altronde trova nella causa da decidere, o che queste indicazioni sieno sufficientemente supplite da altre, o che sieno inutili per far conoscere la persona del creditore. (4)

La Corte reale di Parigi col decreto 6 giugno 1807 (5) e coll'altro 16 febbrajo 1809, e la Corte di cassazione il 15 maggio dello stesso anno decisero per la validità d'un'iscrizione presa dagli eredi collettivamente senza la loro designazione individuale, ma solo con quella del defunto creditore (6). Tale è pure l'opinione rispettabile di Favard de Langla-

(1) *Repertoire*, v. *Inscription hyp.* § 5. num. 8.

(2) *hypotheques*, num. 72.

(3) *Régime hyp.* sub art. 2148. § 1 num. 1. Egli fu d'altronde confutato da Tarrible, *Repert. Inscription.* § 5. n. 8.

(4) Grenier, *hyp.* num. 70, Toullier, tom. 7. n. 510 e segg. Delvincourt, tom. 3. pag. 576. num. 3. Troplong *des priv. et hyp.* num 679.

(5) Sirey, Jurispr. tom. 10. part. 1. pag. 22.

(6) Grenier, *hyp.* numero 72. Troplong. num. 679.

de (1), che s'argomenta dall'art. 2149 del suo Codice civile: ove all'iscrizione presa sui beni d' un defunto basta la semplice indicazione di esso, e non anche quella degli eredi suoi. Un errore nel *prenome* del creditore non vizia l'iscrizione ipotecaria, quando ha per altra guisa una certa designazione: così decise il 15 febbraio 1810 la Corte di cassazione nel caso che fu iscritto Pietro-Bartolomeo Gallet invece del fratello Giacomo-Francesco (2). Egualmente quando si inscrive attivamente una ditta commerciale non si richiede altra indicazione che quella, colla quale è conosciuta nel pubblico: e non è mestieri di aggiungere il prenome: come fu deciso dalla Corte di cassazione il 1 marzo 1810 (3). Ed un' iscrizione presa al nome d'un amministrazione ecclesiastica non fu ritenuta invalida dalla Corte reale di Colmar il 25 aprile 1817, per ciò solo che non contenesse il nome e il prenome del Ricevitore che la richiese (4). Un errore nel prenome del creditore non vizia l'iscrizione quando non ci ha alcun dubbio sull'identità del medesimo: decisione 14 novembre 1808 della Corte d'appello di Rouen (5), e 8 febbraio 1811 della Corte d'appello di Bordeaux (6). Quello che si stabilì del prenome, dovea a più forte ragione stabilirsi dell' indizio della *professione*, che la legge prescrisse solo come maggiore cautela, non già come formalità essenziale (7). In riguardo al *domicilio personale* del creditore (che dicesi anche vero o reale, per contrapposto al domicilio scelto), Tarrible non lo crede formalità più solenne delle precedenti: ma che fosse ordinata allo scopo di far conoscere meglio il creditore; epperciò conosciuto per altra guisa chi sia il creditore, l'intento della legge è soddisfatto, e l'iscrizione non perde l'efficacia sua (8). Opinione addottata in cassazione col decreto 6 giugno 1810 (9) 2 marzo 1812 (10), 17 novembre 1812 (11) e 26 luglio 1825 (12), e presso le Corte d'appello di Parigi coi decreti 29 agosto 1811 (13) e 9 giugno 1814 (14). E finalmente riguardo alla *scelta del domicilio* da farsi nel circondario dell'ufficio, abbiamo una stessa soluzione, quantunque più con-

(1) Favard da Langlade, *Repert.* v. *Inscription hyp.* sect. 5. n. 5.

(2) Sirey, *Recueil gen. des lois.* tom. 10. par. 1. pag. 179. Grenier, *hyp.* num. 75.

(3) Siroy, tom. 10. pag. 180. Greniar, *hyp.* num. 75.

(4) Grenier, *hyp.* num. 75.

(5) Siroy, *Jurisprud.* tom. 9. par. 2. pagina 186.

(6) Sirey, *Jurisprud.* tom. 11. par. 2. pag. 252.

(7) Vedansi le decisioni di Cassaziono 1. ottobre 1810, 17 novembre 1812 e 17 marzo 1813, di Bruxelles 20 febbrajo 1811, di Liége 29 gennajo 1811. in Sirey, *Recueil gen.* tom. 10. part. 1. pag. 383. Tarrible, § 5. num. 8. loc. citato. Grenier, *hyp.* num. 72-75. Troplong *des priv. et hyp.* num. 667. 679. Quantunque in Siray, *Jurisprud.* tom. 9. par. 2. pag. 11. troviamo l'arrêt 21 giugno 1808 della Corte d' appello di Besançon, che annulla l'ipoteca per questo difatto. Ma si può dire di questo: *distingue tempora et concordabis jura.*

(8) Tarrible, ibid. num. 8. Troplong, *des priv. et hyp* num. 679.

(9) Siroy, *Recueil des lois.* tom. 10, par. 1, pag. 290.

(10) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 667.

(11) Sirey, ibid. tom. 13. par. 1. pag. 364.

(12) Troplong, ibid. num. 679. Sebbene però citi due altri decreti anteriori in contrario del 6 giugno 1810 e dal 1 aprile 1824.

(13) Troplong, ibid. num. 667.

(14) Id. ibid. num. 679.

trastala. Lo scopo di questa formalità, secondo Persil, è di rendere più facili e più rapide le procedure dei creditori e degli acquirenti del fondo ipotecato; ed interessa al debitore od al possessore dello stabile di saperne il domicilio ogni volta che volessero convenirlo in giudizio per la cancellazione e la riduzione della di lui ipoteca. Quindi conchiuse che sia necessaria trattandosi dell'interesse dei terzi (1). Ma risponde benissimo Grenier: la conseguenza massima che può nascere dal non aver scelto e notificato il domicilio sarebbe questa, che i terzi non sarieno tenuti a fargli alcuna delle citazioni e notifiche che la legge prescrive, sia per purgare il fondo iscritto, sia per la espropriazione e la distribuzione del prezzo: di maniera chè se il creditore inscritto non si presentasse a questa occorrenza, perderebbe ogni diritto almeno in riguardo al prezzo che si va a distribuire. Ma s'egli si presentasse in tempo utile sia all'asta, sia alla collocazione del prezzo, non si avrebbe ragione di contestargli l'esercizio del suo diritto; perchè i terzi, se non hanno conosciuto il suo domicilio, hanno però conosciuta l'esistenza dell'ipoteca. (2) Questa mi sembra una plausibile conclusione, come quella che è in istretta derivazione dal criterio superiore, che i terzi non possono chiedere la nullità, quando il difetto dell'iscrizione non impedisce la cognizione dell'ipoteca. Ed è d'altra parte manifesto lo scopo col quale la legge ha dettata questa prescrizione: cioè l'interesse esclusivo del creditore: il quale se non l'osserva, perde bensì i vantaggi che ne derivano, ma non perde quegli altri diritti che egli assicurò indipendentemente dall'osservanza di questa forma: come pur dissimo di sopra. La corte di Melz il 2 luglio 1812 (3), quella di Riom il 7 marzo 1823 e quella di Parigi l'8 agosto 1832 (4) decisero che la elezione del domicilio nel luogo dell'iscrizione non è formalità essenziale della medesima e non la rende caduca. Ma la Corte di cassazione costantemente propugnò la contraria sentenza colle decisioni 2 marzo 1816 (5), 27 agosto 1828 (6) e 6 gennajo 1833 (7). E sembrami che Grenier e Troplong abbiano all'evidenza superati i motivi che furono addotti, e che non differiscono punto dalle due obbiezioni che abbiano esposte e risolte.

**6.** Non troviamo controversia alcuna nel riconoscere il carattere di formalità essenziale nella designazione voluta dalla legge circa la persona del debitore. Essa deve apparire dall'iscrizione col nome, prenome, e domicilio, colla professione se ne ha una conosciuta, od una designazione indi-

(1) Persil *Régime hyp.* sub art. 2148. § 1. num. 5. Grenier, *hyp.* num. 96.

(2) Grenier, *hyp.* num. 97. Opinione adottata da Guichard in Siray tom. 10. 2. parte pag. 290, da Tarrible, *Repert.* v. *Inscription hyp.* § 5. n. 8. da Troplong. *des priv et hyp.* num. 668 bis e 679.

(3) Sirey; *Recueil gen.* tom. 12. par. 2. pag. 388.

(4) Sirey, tom. 33. 2. parte, pag. 93. Troplong. num. 679.

(5) Grenier, *hyp.* num. 97.

(6) Troplong. num. 679.

(7) Sirey, tom. 33. 2. part. pag 129.

duale e speciale fatta in modo che il conservatore possa riconoscere e distinguere in ogni caso la *persona gravata* dell'ipoteca. Tarrible (1), Grenier (2) e Troplong (3), fautori dichiarati della validità dell'iscrizione quantunque difettosa, s'accordano nel dire che siffatta designazione sia essenziale. E di vero: ciò che importa di conoscere nell'attual sistema è il proprietario del fondo ipotecato. Imperocchè tutto il sistema poggia sulla esatta indicazione del proprietario, meglio che sulla proprietà stessa. Non si può venire alla cognizione dei pesi inerenti a un dato fondo, se non coll'intermezzo del nome del rispettivo proprietario. I Registri delle ipoteche non si aprono che con un repertorio al nome di questi (4). Se si inscrive un ipoteca su Tizio invece che sopra Sempronio, i terzi che cercano la condizione giuridica della proprietà di Sempronio, cercando del suo nome non vedranno quella ipoteca che fu inscritta al nome di Tizio. È dunque della massima importanza, e non mai soverchia una scrupolosa esattezza in questo riguardo (5). E tuttavia la legge ha soggiunto che questa formalità deve essere praticata *in modo che il conservatore possa in ogni caso riconoscere* e *distinguere la persona gravata dell'ipoteca*.

Quest'ultima prescrizione ha tolto di mezzo quelle complicate controversie che vedemmo cagionate nel precedente soggetto sulla interpretazione letterale della legge. Avendo questa emesso l'intendimento finale del suo precetto, la giurisprudenza pratica non uscì dai confini imposile dalla volontà del legislatore. Però invalse subito il costume di considerare adempiuto a questo secondo precetto quando la designazione praticata fosse appena sufficiente a chiarire la persona del debitore (6). Quindi ciascuna delle indicazioni prescritte non si reputa sostanziale, poco importa per quali indizii si faccia conoscere il debitore proprietario: ci basta che l'indicazione non cagioni malintesi ed errori. Ma con dir questo non diciamo poco: poichè ognun vede come siffatta indicazione debba essere e ben chiara e ben circonstanziata, per ischivare il facile pericolo di confondere l'una persona coll'altra (7): cosicchè si potria adottare l'opinione di Tarrible che il debitore debba essere iscritto col nome, prenome e domicilio, e solo quanto alla professione possa fornire un connotato equivalente (8). Il che accettiamo colle dovute riserve e avuto riguardo al criterio razionale, mediante il quale nella moltitudine de'casi può salvarsi un'iscrizione ad onta dell'opinione rigorosa di quell'accreditato giureconsulto (9).

(1) Tarrible *Repertoire*, v. *Inscription hyp.* § 5. n. 8.

(2) Grenier, *hyp.* num. 2

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 668. bis.

(4) art. 87-90 del Regol. 19. aprile 1806.

(5) Persil, Reg. hyp. art. 2148, § 2. n. 1. Troplong. loco citato.

(6) Grenier, *hyp.* num. 72. Troplong. num. 681. bis.

(7) Troplong, *hyp.* num. 680.

(8) *Repert.* § 5. num. 8.

(9) Così come nel caso narrato da Favard de Langlade, *Repert.* v. *Inscription.* Sect. 5. n. 11. di un'iscrizione tenuta valida dalla

Con questo criterio potremo istabilire il valore dell'altra indicazione raccomandata dal Decreto del tribunale d'Appello di Venezia del 30 Dicembre 1816 N. 10393, circa la *paternità* del debitore. Conciosiachè la riteniamo subordinata, e di conseguenza facciamo dipendere la validità dell'ipoteca, non tanto dall'osservanza materiale della legge, ma dalle conseguenze non pregiudizievoli all'interesse dei terzi; i quali per causa dell'ommessa osservanza non avessero potuto addarsi della proposta iscrizione. Se tutte le formalità prescritte nel num. 2 dell'art. 2148 del Codice francese sono coordinate alle esigenze del principio ivi formulato, che cioè la designazione del debitore sia fatta in guisa tale che nei registri del conservatore appaja l'identità delle persone designate; se l'Appello veneto aggiungendo un'altra secondaria e specialissima indicazione non derogò punto alla ragione stessa di quella legge, è giuocoforza il conchiudere così come noi facciamo.

Propongono i francesi la seguente domanda: se l'iscrizione si debba chiedere in testa al debitore, ovvero in testa al successivo possessore del fondo ipotecato (1).

Conservando questi termini non la si può proporre da noi; perchè se l'ipoteca non è diritto reale prima che sia inscritta, e se non può costituire ipoteca il debitore sopra una cosa che non è più in suo, ma in dominio altrui, non si può quindi presupporre che si imponga un ipoteca e se ne faccia iscrizione sopra il fondo che non appartiene al costituente. I francesi alludono al caso dell'art. 834 del Codice di procedura, del quale parlammo testè, che permette l'iscrizione ipotecaria entro i 15 giorni posteriori alla trascrizione praticata dall'aquirente che vuol pagare il fondo acquistato dalle sue ipoteche. Noi vedemmo qual significazione speciale avesse quella legge, e come non influisse affatto sul principio generale che l'iscrizione non si può prendere dopo che colui che concesse il titolo cessò d'essere proprietario.

La quistione si può proporre invece in questi termini.

Supponiamo che Tizio posseditore d'un fondo l'avesse ipotecato a Sempronio per un debito di Mevio: Sempronio prendendo iscrizione dovrà designare il debitore Mevio, o il possessore Tizio?

La soluzione sembra ovvia, quando si avverta che la legge nello stesso num. 2. dell'ar. 2148 spiega la parola *debitore* con quella di *persona gravata dell'ipoteca* (2). E se l'inscrivente ommettesse l'indicazione del debitore personale, solo significando la persona gravata dell'ipoteca cioè il costituente il terzo possesore? Siccome la legge suddetta, risponderemo chiaramente manifesta il suo volere che questa indicazione generica del

Corte di cassazione col decreto 2 marzo 1812, quantunque fosse fatta colle parole: *contre les héritiers Duplessis-Richelieu*, non potendosi distinguere a qual grado della linea di quel casalo appartenesse il debitore.

(1) Persil, *Régime hyp.* sub. art. 2148. § 2. n. 2, Maleville, *Analyse*, art. 2148. Grenier, *hyp.* num. 87. Favard de Langlade, *Rep.* v. *Inscription hyp.* Sect. 5. n. 12.

(2) Persil, loco citato.

debitoreproprietario sia fatta in modo che il conservatore possa in ogni caso conoscerla e distinguerla: siccome al conservatore importa soltanto di conoscere la *persona gravata dell' ipoteca* e non anche i debitori personali, ci sembra che la mancata designazione di costoro non sia una violazione della legge.

Se il debitore fosse morto dopo aver concesso il titolo ipotecario, e prima di essersi praticata l' iscrizione, l' art. 2149 del Codice civ. francese permette che la iscrizione si possa prendere colla sola indicazione del defunto, senza che l' iscrivente sia obbligato di nominare gli eredi o successori del defunto medesimo (1).

**7.** La terza delle formalità prescritte nell' art. 2148 del Codice italico è l'indicazione *della data e natura del titolo*. Dicemmo in principio come il titolo ipotecario debba essere presentato al conservatore, come mezzo di giustificare la chiesta inscrizione. Or qui si domanda per qual ragione lo si debba enunciare nell'inscrizione colle indicazioni necessarie della data e della natura sua.

Troplong non vuol ravvisarvi ragione alcuna, e le niega il carattere di formalità essenziale (2). Ma prima di lui e con migliore accorgimento Persil (3), Grenier (4) e Tarrible (5) sostennero la necessità sua, perchè da essa il pubblico avesse modo di conoscere se l' inscrizione avesse una causa legittima; e noi aggiungiamo, perchè si mettesse fuor di dubbio che l' inscrizione fosse stata presa in virtù d'un dato titolo, piuttosto che di un'altro. Col che rispondiamo a Troplong che dice inutile quella formalità perciò che i terzi, quand' anche il volessero, non potrebbero consultare presso il notajo il titolo vero e vedere se corrisponda a quello che è menzionato nell' inscrizione: perchè il notajo non può dare notizia de'suoi atti ad altri che alle parti contraenti, all'erede o al suo successore singolare. Noi non diciamo che la ragion della legge consista in questo. E se pur si fosse potuto dir questo nel tempo passato, non si potrebbe dirlo ora; perchè l' art. 69 del Regolamento italico sul notariato 17 giugno 1806 ha derogato all' art. 23 della legge 25 ventoso anno XI (6), alla quale allu-

(1) A questo articolo è conforme l'art. 2045 del Cod. napoletano, l' art. 2195 del Cod. di Parma, l' art. 2250 del Cod. Albertino Così l'art. 149 del Reg. legisl. gregoriano, nel quale però opportunamente si aggiunge: nondimeno se all' epoca nella quale si eseguiscono, l'erede o il successore avrà fatta nei registri dell'ufficio del censo la voltura in testa propria de' beni del defonto, l' ipoteca sarà inscritta sotto il nome dell' uno e dell' altro. Egualmente è disposto nell'art. 90 del Motuproprio toscano. Questa disposizione è lodevolissima, perchè guarentisce meglio la pubblicità della proprietà fondiaria, nell' interesse della quale hanno adottato il sistema della legge del brumale: v. Introduz. num. XXVI. L' art. 2199 del Codice modenese ha aggiunto all' art. 2149 del Cod. francese che questa iscrizione possa farsi in tal guisa solo entro tre mesi dalla morte del defunto.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 668 bis e 682.

(3) Persil, *Régime hyp.* art. 2148. § 3.

(4) Grenier, *hypotheq.* num. 71.

(5) Tarrible, *Repert. v. inscription.* § 5. num. 10.

(6) Sormani, *giurispr. del notaro*, artic. 69. § 2.

deva Troplong. Replica costui, che possono d'altronde i terzi aspettare che il creditore produca le sue ragioni in giudizio, ed allora opporre al titolo esibito tutte le occorribili eccezioni nel caso che il titolo fosse veramente difettoso: ma se non fosse difettoso, non potrieno col pretesto che non fosse menzionato nell'inscrizione speculare sul giuoco d'una lite (1). Con questo egli dimostra di non vedere dove possono i terzi risentire un vero pregiudizio. Consentiamo che costoro possono impugnare la validità del titolo quando che sia; ma aggiungiamo che possono annullare l'inscrizione quando non porti la menzione della sua causa diretta, del titolo ipotecario. Poichè se è vero che non può essere valida un'iscrizione senza titolo ipotecario: che non può valere un titolo ipotecario senza un titolo creditorio al quale indubbiamente si riferisca, e senza la designazione speciale dello stabile ipotecato: si deve pur mettere fuori di dubbio che l'iscrizione fu presa per un dato titolo. Ma per mettere fuori di dubbio questa relazione causale, non ci ha altro modo che di accennare nell'inscrizione il titolo dal quale ebbe causa. Non lo si potrebbe nel titolo, perchè in questo non si può prevedere sicuramente in qual giorno e con qual ordine numerico sieno state presentate le note per l'inscrizione. Ma si può menzionare il titolo nell'inscrizione. Ed è per ciò che lo prescrisse la legge.

Suppongasi che il debitore avendo costituita un ipoteca per un debito derivante da un rendiconto sociale, l'avesse poscia soddisfatto, e avesse lasciato sussistere l'inscrizione: indi espropriato dagli altri creditori colludendo col primo gli facesse presentare un titolo anteriore nel quale avea concessa un'ipoteca per un mutuo, pur esso estinto. Se l'inscrizione del debito del rendiconto non portasse la menzione del titolo speciale, il creditore potria produrre il titolo anteriore. Ma che nascerebbe? I posteriori creditori possono impugnare che la proposta inscrizione avesse un valido titolo costitutivo: possono niegare che il titolo prodotto fosse precisamente quello, dal quale la proposta inscrizione avesse avuto causa. Inferiamo adunque il creditore in qualsivoglia caso per far valere la sua ipoteca deve provarne il legittimo fondamento; come vedremo più estesamente a suo luogo (§ XLVIII.)

E lo scopo per cui il titolo ipotecario deve essere menzionato nell'inscrizione è quello di stabilirsene l'identità come causa dell'inscrizione stessa: senza di che l'inscrizione sarebbe nulla.

In questo principio si può vedere a modo di corollario con quali ulteriori indicazioni debba essere fatta questa menzione. La legge richiede che debba essere fatta indicandone la *data* e la *natura*. E noi adotteremo in ciò la pratica giudiziale francese che ritiene necessarie queste indicazioni solo ed in quanto servano a stabilire l'identità del tito-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 682.

lo: il quale scopo si può d'altronde raggiungere con indicazioni equivalenti (1).

Non riputeremo necessaria, ma certamente utile la formalità prescritta nell'art. 2243, n. 3 del Codice Albertino, che vuole indicata insieme alla data e natura del titolo anche il nome del notajo che avrà ricevuto l'atto.

Supponiamo che per errore si fosse designato nelle note d'inscrizione la data e la qualifica del titolo in modo diverso dal vero: e il creditore accortosi dello sbaglio, ne avesse praticata la correzione con un apposito annotamento: potrebbe egli sostenere come valida dall'origine la prima inscrizione, in confronto ai creditori successivi intermedii fra essa e il seguito emendamento?

Sembra che no: per la ragione che prima della praticata correzione, l'iscritta ipoteca era nulla per le considerazioni superiori: ed essendo nulla in confronto ai terzi, in di loro pregiudizio non poteva rinascere con effetto retroattivo.

Suppongasi un'altro caso consimile proposto da Grenier. Un creditore fè inscrivere un'ipoteca in base ad un titolo che sembrava autentico, e non lo era, perchè mancante della firma de'testimonii, o del secondo notajo (2): indi fè ratificare quell'atto dal debitore imprimendogli una forma autentica: varrà l'ipoteca ratificata in pregiudizio dei creditori intermedii? Grenier opina senz'altro per la negativa, perchè non ci ha valida iscrizione se non fu presa con un titolo in forma autentica; che tale nullità è radicale, e quindi toglie qualunque possibilità all'efficacia: che la posteriore ratifica è un atto nuovo che non può dar vita al precedente, se non nel momento e dal momento della ristorazione (3). E tali suoi ragionamenti prendono forza perchè messi in armonia con quelli adoperati per l'analoga quistione della ratifica fatta dal maggiorenne di un'ipoteca concessa da lui stesso durante l'età minore senza l'autorizzazione tutelare, e della quale dicemmo sotto il § XII. num. 5; e sono pure concordi con quello che dissimo testè sulla necessità di escludere ogni dubbio sull'identità del titolo ipotecario esibito, come quello che è la vera causa dell'inscrizione. Il creditore perciò dovendo provare col titolo la causa dell'ipoteca, deve esibire una prova indubitata che questa causa non sia posteriore all'effetto, il titolo posteriore all'iscrizione; la qual cosa non si può ottenere con un documento che non sia autentico: non si può ottenere con una scrittura autentica che fosse posteriore all'iscrizione. Ritenendo il contrario bisognerebbe supporre che possa dipendere dall'arbitrio del debitore e del creditore interessato di deteriorare la condizione

(1) Così la corte francese di cassazione coi decreti 17 agosto 1813, 9 novembre 1815, 11 marzo 1816, e 2 agosto 1820, allegati da Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription.* sect. 5. num. 13. e da Troplong, *des priv. et hyp.* num. 669; colle quali decisioni la corte stessa avea dimessa la severità degli anteriori suoi giudicati, addotti da Grenier, hypoth. n. 77.

(2) Vedi per le forme del titolo il superiore § XXI.

(3) Hypotheq. num. 45.

giuridica del terzo, che nel tempo intermedio avea ottenuta un' ipoteca vantaggiosa per la nullità dell' ipoteca precedente. L'opinione di Grenier sembra dunque plausibile.

Dobbiamo aggiungere prima, di passar oltre, quest'altra ricerca. L'art. 2193 del Codice civile di Parma, l'art. 142 della legge ipotecaria di Romagna, e l'art. 2138 del Codice civile di Modena richiedono che insieme alla menzione del titolo ipotecario si faccia pur quella del titolo da cui nasce il credito. Noi non la crediamo formalità necessaria (1), bastando, come dissimo di sopra (2), che il titolo ipotecario autentico rammenti questo suo necessario rapporto.

**8.** La quarta formalità richiesta nell' iscrizione consiste nell' indicare l'importo dei crediti capitali espressi nel titolo e valutati dall'inscrivente riguardo alle rendite ed alle prestazioni, o ai diritti eventuali, condizionali o indeterminati: come pure l'importo degli accessorj di questi capitali; e finalmente il tempo in cui sono esigibili. Favard (3), Tarrible (4), Persil, (5) Grenier (6) e Troplong (7) asseverano che questa, di designare l'importo dei crediti ed accessorii, è formalità veramente essenziale alla validità dell' ipoteca. La quale opinione è verissima in linea imperativa: perchè l'art. 2132 del loro Cod. civ. cui corrisponde il nostro § XVII, dice espressamente, che non vi ha valida ipoteca, se non *in quanto* la somma per cui fu stabilita sia certa e determinata dall' atto; e se il credito di sua natura è incerto, il creditore non possa chiedere l'inscrizione, che fino alla concorrenza di un valore determinato. La disposizione del suddetto § XVII e quella del presente § convengono nello stesso scopo; e in questo scopo consiste l'interesse del sistema ipotecario (8), del debitore e dei terzi: che è di specializzare le ipoteche in modo che non aggravino in faccia al pubblico la proprietà terriera di più di quanto sia in fatto aggravata. Quegli che vuol contrattare col debitore, dice Troplong (9), deve conoscere l'ammontare dei pesi ipotecarii, affine di giudicare del grado di solvibilità del debitore, comparativamente alla sostanza immobile che possiede, e di sapere se il danaro che affida è bene o male assicurato.

Una inesattezza in più o in meno nella valutazione del credito non vizierebbe l'ipoteca, ma la lascerebbe valida solo in quanto non ecceda la verità del credito, e la somma inscritta. Così scrisse Tarrible: » se la somma dichiarata è minore, l'ipoteca non sarà perfetta che fino alla con-

(1) Persil. *Régim. hyp.* art. 2148. § 3. n. 4.

(2) § XXI n. 6. e in questo § XXIV. n. 4.

(3) *Repert.* v. *Inscription.* Sect. 5. n. 14.

(4) *Repertoire*, v. *Inscription hyp.* § 5. num. 11.

(5) *Régime hyp.* art. 2148. § 4. n. 2.

(6) Grenier. *hyp.* num. 77.

(7) Troplong. *des priv. et hyp.* n. 683. I quali autori citano i giudicati 5 settembre 1807 della Corte di cassazione, (Persil.) 1808 (Grenier), Amati, *Manuale delle ipot.* artic. 4. pag. 30.

(8) Persil. loco cit.

(9) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 668. bis.

correnza della somma capitale dichiarata. Questa restrizione è giustissima nel caso in cui il creditore, nell'intervallo dalla costituzione del credito a quella dell' iscrizione, avesse ricevuto un parziale pagamento, e quindi il credito risultasse eguale alla parte inscritta: ma l'effetto saria ancora l'identico anche nel caso che questa omissione fosse conseguenza d'uno sbaglio, e che la somma espressa nel titolo gli fosse dovuta per intero. Cambiamo la tesi: supponiamo che l' iscrivente avesse dichiarato una somma più elevata di quella espressa nel titolo. Il debitore avrebbe quando che sia il diritto di chiedere che la iscrizione fosse ridotta al vero, per ristabilire la porporzione il suo credito fondiario: i creditori nel giudizio d' ordine possono egualmente far pronunciare la riduzione; ma nè gli uni nè gli altri non possono pretendere la nullità dell' inscrizione nella totalità sua. (1) ». Il Codice di Parma ha fatto di ciò un soggetto di due articoli. Nell'art. 2197 si legge: la notificazione non sarà valida che per la somma enunciata nella cartella, ancorchè si giustifichi coll'atto da cui apparisce il debito, che la somma dovuta sia maggiore dell'espressa: e nell' art. seguente: se la somma enunciata è maggiore di quella, che è realmente dovuta, la notificazione sarà valida per quest'ultima somma. Tale è pure la disposizione espressa dell' art. 2252 del Cod. Albertino, degli art. 153-154 del Regolam. ipotecario dl Romagna, dell' art. 87. della legge ipotecaria di Toscana, e dell'art. 2202 del Codice modenese.

Il creditore deve indicare la somma dei crediti indeterminati. A questa parola di *indeterminati* la legge aggiunse quelle di crediti *eventuali* e *condizionali*. Questa ripetizione non deve far credere che si debba valutare la probabilità stessa dell' avvenimento e della condizione; ma sembra che quei tre epitteti si riducono al primo dell' *indeterminato*. E tale è l' opinione di Tarrible (2). Crediti indeterminati sono quelli che risultano da obbligazioni di dare o fare, di danno o soddisfacimento eventuale: quali le promesse di evizione, di manutenzione di contratti, di garanzie ecc. come dissimo nel superiore § VI.

Questa determinazione deve farsi in modo che il credito appaja sotto la forma di capitale, al quale si uniscono poi gli accessorii. Quindi un censo perpetuo dovrà rappresentarsi nella somma capitale quasi fosse redimibile. Quindi un censo vitalizio dovrà capitalizzarsi; sebbene sia alquanto difficile di valutarne il vero valore secondo la probabilità della vita del creditore (3). Questi deve avvertire di non attribuire un valore troppo modico, perchè nella realizzazione ipotecaria non potria pretendere una lira di più della somma inscritta (4); deve abbondare piuttosto, perchè la legge gliene dà facoltà, come dissimo sotto il § XVII. Deve

(1) Tarrible, *Repert. inscription. hyp.* § 5. n. 11. opinione adottata da Favard de Langlade, *Repert.* v. *Inscription*. Sect. 5. n. 15.

(2) loco citato.

(3) Persil. *Reg. hyp.* sub art. 2148. § 4. n. 1

(4) Troplong. *hyp.* num. 685.

il creditore inscrivere oltre il valor capitale del suo credito, anche l'importo degli accessorii. Per *accessorii* si intendono gli interessi e le spese giudiziali (1). Quanto agli interessi devesi distinguere: o si tratta degli interessi scaduti, e di questi si deve designare l'importo (2); o si tratta degli interessi futuri, ed allora non occorre che di indicarne la misura, per esempio al 4, al 5 per cento; ma non l' importo di tanti anni. Imperocchè la legge, come vedremo sotto il num. 2. del § XLVI, accorda la efficacia naturale attribuita all'ipoteca del capitale anche agli interessi di esso da un triennio retro; e quindi la legge stessa offre il criterio valutativo di questo accessorio (3). Nel caso che il creditore avesse ommesso questa secondaria indicazione dell'importo degli accessorii, varrà l'inscrizione, ma solo in riguardo al capitale (4).

Favard de Langlade (5) opina che le spese giudiziali e le spese di iscrizione, per godere la stessa prelazione del capitale, non debbano di necessità essere inscritte, ed esserne designato l'importo. Noi non crediamo vera questa opinione, nè per riguardo alle spese giudiziali, nè per riguardo a quelle dell'iscrizione; perchè la prescrizione della legge è esplicita, e non si devono affaticare i terzi che ricercano lo stato delle iscrizioni a farvi sopra dei computi, verosimili talvolta, ma non sempre identici col risultato delle interminabili procedure.

Dato che un credito solidale verso più debitori si volesse inscrivere contro alcuni di essi, la inscrizione dovrebbe ella indicare questa qualità? E non avverrebbe che in confronto agli altri creditori ipotecarj o al terzo possessore, non si potesse realizzare che in parti aliquote, così come si farebbe verso più condebitori che sono tenuti solamente in proporzione secondo i §§ 888 e 889 del Cod. civ. austriaco? Tomaso Pani avea chiesta la priorità contro Gaetano Lanelli creditore, il quale era collocato per l' intero suo credito, che professava solidalmente contro gli espropriati Giovanni Battista ed Alessandro Righi e verso Margherita Polessi; ma con un' iscrizione che fu presa soltanto sui beni dei fratelli Righi, senza menzione della solidarietà. Il querelante avea chiesto che il di lui credito dovesse esser ristretto a due terzi. Ma la sentenza 31 marzo 1834 della Pretura di . . . giudicò efficace la solidarietà abbenchè non inscritta, motivandosi da ciò che l' estensione della ipoteca, come accessorio della obbligazione personale, si misuri dal titolo; alla validità dell' inscrizione richieggasi solo l' indicazione dell' importo del credito capitale, mentre rispetto agli altri patti si riporta al titolo stesso. Di questa sentenza per riguardo a questo credito non s'appellò l'attore (6).

(1) Persil, *Reg. hyp.* art. 2148. § 4. n. 1. Troplong. *hyp.* num. 683. Amati, man. delle ipoteche, art. 4. pag. 30.

(2) Così Tarrible, loc. citato e Troplong. *des priv et hyp.* num. 689 pensano che si debba inscrivere l'importo dei soli interessi scaduti.

(3) Troplong. *hyp.* num 683.

(4) Persil. *Reg. hyp.* art. 2148. § 4. n. 2. Tarrible, loco citato.

(5) Repertoire, v. *inscription hyp.* Sec. 7. num. 11.

(6) Gazzetta di Trib. di Milano an. IV. 1834. num. 98

Noi crediamo giusta quella decisione, in quanto l' inserizione aveva il totale importo del debito. I terzi non poteano presumere in qual modo fossero obbligati i debitori inscritti. Se il vollero sapere, c' era il titolo che gl'instruiva.

Però se il creditore inscritto pretendesse delle prestazioni accessorie che aumenterebbero la concorrenza ipotecaria, non lo potrebbe che nel caso che quelle pretese apparissero dall'iscrizione. Così fu giudicato dall'Appello lombardo con sentenza 21 aprile 1854, che l'obbligo accessorio di restituire un mutuo in determinale valute di un dato valore, non può essere reale se non appare inscritto (1).

**9.** Deve pur contenere l'iscrizione la menzione dell'*esigibilità* del credito. Anche questo requisito è comandato espressamente dalla legge: anzi la necessità della sua osservanza fu colla legge 4 settembre 1804 confermata in Francia (2); e lo fu pure nel cessato Regno d'Italia col Decreto ivi promulgato il 12 dicembre 1812 per riguardo alle ipoteche convenzionali e giudiziali anteriori all'attivazione del Codice civile italiano.

Quest' ultima legge negli articoli 15-21 stabilisce: che qualsiasi ipoteca convenzionale o giudiziale debba contenere l'epoca dell'esigibilità del credito; sia essa a giorno fisso, sia che dipenda da una condizione od avvenimento qualunque; che quelle iscrizioni, le quali si trovassero manchevoli di siffatta indicazione, si rettificassero entro il mese di giugno 1813, e rettificate valessero come complete, quando fossero osservate le altre formalità prescritte, e quando non fossero state annullate con sentenza trascorsa in giudicato. E la sovrana Patente 19 giugno 1826 ricordava il disposto di quest'ultima legge circa le ipoteche anteriori al Codice civile italiano, che si doveano inscrivere colla menzione dell'epoca dell'esigibilità del credito, sia essa a giorno fisso, sia che dipenda da una condizione o sia protratta a un giorno qualunque (3).

Ma dal prescrivere la necessità d'una forma al comminare per la di lei inosservanza la nullità dell'atto, ci ha molto divario. E queste leggi, secondoche dice con ogni apparenza di ragione Troplong parlando della prima, non decidono ancora la quistione (4). Per conchiudere adunque dall'inosservanza di questa formale prescrizione alla nullità dell'ipoteca, bisogna compulsare la legge ne'suoi motivi. La legge del brumale avea pure richiesta la formalità stessa (articolo 17 num. 4): e la ragione di essa parea consistesse nell'interesse dell'acquirente, il quale, purgasse o non purgasse il fondo dalle molestie ipotecarie, godeva in ogni tempo degli

(1) Gazz. de'Tribun. di Mil. an. IV. 1846 num. 108.

(2) Sirey. *Recueil gen. des lois.* tom. 7. par. 2. pag. 160 Persil, *Reg. hyp.* art. 2148. § 4. n. 3. Troplong. *des priv. et hyp* n 671

(3) Questa prescrizione fu conservata nelle leggi ipotecarie della restante Italia (Vedile citate nel num. 2. di questo §.)

(4) Troplong. *hyp.* num. 671.

stessi termini e dilazioni al pagamento, che erano state pattuite in prò del debitore (articolo 15) (1).

Lo stesso motivo potevasi allegare sotto l'impero del Codice Napoleone, ma solamente in rispetto a quell'acquirente a titolo volontario che non avesse purgato il fondo dalle ipoteche (articolo 2167). In questo caso gli si imponeva l'obbligo di essere pronto a pagare tutti i debiti inscritti, senza distinzione degli esigibili da quelli che non fossero esigibili (articolo 2184). Dunque pel Codice civile francese l'indicazione dell'epoca dell'esigibilità era veramente necessaria soltanto per l'acquirente, cui non avendo purgato il fondo, interessava di dimettere quando gli accomodasse i debiti ipotecarii del fondo (2).

Per la nostra legislazione si può dire che in questo argomento siamo trasportati all'epoca della legge del brumale. Da noi non si tollera più la purgazione forzata delle ipoteche nel caso di vendite volontarie (3) seguite dopo la pubblicazione del Codice civile austriaco; e quando pure la si praticava si era abolito l'articolo 2184 del Codice Napoleone, prescrivendosi nel § 22 della sovrana Risoluzione 31 luglio 1820 (4) che quegli che avrà acquistato stragiudizialmente un bene immobile, sarà obbligato a senso del § 466 del Codice civile universale, *o di pagare tutti i crediti inscritti entro i termini stabiliti nei documenti riportati nei registri delle ipoteche, oppure ecc.* Così pure, nel caso di purgazione per vendita giudiziale necessaria, il § 425 del Regolamento giudiziario indirettamente conserva ai creditori il diritto di rifiutare il pagamento prima del termine convenuto (5). Possiamo dunque per le nostre leggi conchiudere, come Grenier in vista della legge del brumale (6), che l'indicazione in discorso sia motivata nell'interesse dell'acquirente, al quale importa per l'utilità del suo acquisto di conoscere per l'iscrizione che il fondo acquistato possa liberarsi dalle ipoteche.

Se la cosa è così, e solo così, possiamo noi conchiudere, che l'omissione dell'esigibilità annulli *ipso jure* l'ipoteca? Quando all'acquirente interessa di dimettere tosto i creditori iscritti, questi non vorranno opporre la lontana esigibilità, e rifiutarsi all'accettazione dell'offerto pagamento, ed impedire la liberazione del fondo; perchè ognun vede che se i creditori sono minacciati dell'assoluta nullità dell'ipoteca, meglio s'accontenteranno di ricevere tosto il pagamento, che di non riceverlo mai. Se il lungo termine del pagamento fu stipulato nel solo vantaggio del debitore: il debitore, e il suo avente causa possono rinunciare a ciò che è proprio diritto. Se fu stipulato in favore del creditore, il creditore ci

(1) Tarrible, *Repert.* v. *Inscription hyp.* § 5. n. 11. Grenier, *hyp.* num. 79. Troplong. *hyp.* num. 668 bis. 671.

(2) Troplong. *hyp.* num. 668. bis. 671. e 685. non vuol vedere questa eventuale utilità: ei non considera che l'art. 2184.

(3) per le Notificaz. Gov. lom. 27 ottobre 1820 e 10 agosto 1828.

(4) D. notif. 27 ottobre 1820.

(5) Vedi nostro § LXXIV. num. 4. Capo 3 della Parte 2.

(6) Grenier, *hyp.* num. 79.

pensi; e quando vuol rinunciare al suo diritto è assoluto padrone di farlo. Dunque l'omissione dell'esigibilità farà sì che non la si possa opporre al terzo acquirente; ma non darà a questi il diritto di niegare la validità d'un'iscrizione per l'ommissione d'una formalità che non gli nuoce. E siccome l'ipoteca è efficace in di lui confronto solo in quanto è inscritta, se nell'iscrizione non si fé menzione dell'inesigibilità, si può dire che il capitale inscritto non sii tantosto inesigibile, quindi, si fa luogo alla massima: *in omnibus obbligationibus, in quibus, dies non ponitur, præsenti die debetur* (1). Questo e non altro può opporre l'acquirente. Noi non facciamo distinzione da ciò che appare dall'iscrizione, a ciò che realmente fu stipulato nel titolo creditorio. Al terzo non si può opporre altro che l'iscrizione, e il terzo misura da questa i suoi diritti ed obblighi: tale è la disposizione dell'articolo 2167 del Codice civile francese; tale è la disposizione del § 443 del Codice civile austriaco (2).

Non crediamo però di aver sciolto tutte le difficoltà, se non consideriamo gli effetti di questa ommissione in riguardo anche agli altri creditori ipotecarj (3). Dobbiamo domandare: hanno interesse i creditori ipotecarj di conoscere per l'iscrizione l'epoca dell'esigibilità d'un credito ipotecario? Tutte le possibilità pratiche e i casi in cui si esperisce l'interesse dei creditori, mettono capo nell'occasione dell'azione ipotecaria e della espropriazione. Volendo essi escutere il fondo ipotecato, sia che lo vendino ad altri, sia che essi medesimi se 'l facciano aggiudicare, essi entrano nella stessa condizione giuridica dell'acquirente, del quale dicemmo che non trovando nell'iscrizione indicata la lontana esigibilità, può tosto dimettere il creditore. Sì gli uni che l'altro, considerati come terzi estranei, non possono pretendere altro che considerare il credito inscritto come tosto esigibile. E se la lontana scadenza riguarda l'interesse del debitore? Risponderemo egualmente che al debitore, ed a chi lo rappresenta come avente causa, è data facoltà di rinunciare al proprio diritto, se il vogliono, o di esercitarlo rifiutando il pagamento in giornata: ma con ciò non possono pretendere di non pagar mai.

Dunque nell'atto pratico, nell'attrito della procedura, si fa manifesto che questa prescrizione della legge concerne esclusivamente l'interesse del creditore in ciò, che se egli vuol conservare il diritto della lontana scadenza del suo credito, deve inscriverlo, per avvertire ed obbligare i terzi a rispettarlo: se non lo fa, ei non perde altro che questo diritto: egli conserva il suo credito e la sua ipoteca, ma perde il beneficio della lontana scadenza. A questa semplice conclusione credo che si devono trarre e sottomettere tutte le considerazioni fatte in proposito, e i criterii parziali e contraddittorj emessi nei varj giudicati della pratica fran-

(1) leg. 14. Dig. *de reg. juris.*

(2) Grenier, *hyp.* num 82 fa questa distinzione, ma non avverte alla condizione singolare dell'aquirente come terzo.

(3) È inutile che noi consideriamo l'interesse del debitore, perchè egli non può opporre la nullità all'iscrizione.

cese. La decisione 3 gennajo 1814 della Corte di cassazione riteneva valida un'iscrizione, ove la menzione della scadenza era indicata erroneamente di due anni invece che di cinque, per il considerando che tale errore *non avea punto nuocciuto ai creditori* (1). E prima di essa avea deciso nello stesso caso e nello stesso tenore la Corte d'appello di Metz col decreto 12 luglio 1811 (2). Ma la Corte di Rouen il 1 agosto 1809, quella di Liége il 24 agosto 1809 e il 1 giugno 1821, la Corte di cassazione il 15 gennajo 1817 ed il 9 agosto 1832 ritennero sostanziale questa formalità, e nulla l'iscrizione che non la contenesse (3).

Se la legge è una più che sufficiente ragione del decidere: se essa nel caso proposto non ha comminata nullità alcuna: se la nullità non si deduce dal giureconsulto, se non nel caso che la ragion della legge sia apertamente violata: ed essa è violata quando si offendono gli interessi che ella ha voluto proteggere: se questo è il criterio massimo in fatto di nullità che dirige tutta la materia dell'iscrizione: se i terzi non possono appuntare all'iscrizione alcun difetto che ad essi non poteva tornare in aggravio (4), noi possiamo legittimamente conchiudere nella tesi presente che l'ommissione dell'inesigibilità non può pregiudicare alla validità dell'inscrizione.

E faremo istanza ai futuri Legislatori perchè lascino sottintesa questa formalità nella regola generale, che tutte le preslazioni accessorie al debito semplice per valere contro i terzi debbano essere inscritte: in difetto non valere contro i terzi per le disposizioni generali della legge.

Notiamo infine che la durezza delle decisioni dei tribunali francesi si è indebolita coll'ammettere il principio della *equipollenza*, esentuando da questa specifica designazione le iscrizioni prese per censi perpetui e vitaliziarii (5), od accontentandosi di indicazioni che s'avvicinassero alla prescrizione letterale della legge: come se invece di esigibile attualmente, si fosse detto *scaduto* o *protestato* (6), od anche semplicemente credito *esigibile*, che nel senso grammaticale suonerebbe esigibile attualmente (7).

**10.** L'ultimo requisito dell'iscrizione concerne l'indicazione della qualità e situazione dei beni, sui quali intende il creditore di conservare l'ipoteca. Di questo non spenderemo molte parole, perchè nel § XVIII abbiamo veduto qual importanza avesse nell'interesse del sistema e della

(1) Sirey, *Recueil gen. des lois.* tom. 14. par. 1. pag. 82. Grenier, *hyp.* num. 79.

(2) Sirey, *Recueil. gen.* tom. 12. par. 2. pag. 62.

(3) Troplong. *hyp.* num. 685. e tutti gli altri giudicati riferiti dal medesimo *in notis*.

(4) Troplong. *hyp.* n. 686, e segg.

(5) Grenier, *hyp.* num. 80. Persil. *Régime*, art. 2148. § 4. num. 4. e 5. Favard de Langlade, *Repert.* v. *Inscription*. Sect. 5. num. 17. Arrêt 2 aprile 1811 della Corte di cassazione francese. Sirey, *Recueil.* tom. 11. par. 1. pag. 195.

(6) Grenier, *hyp.* num. 81. Troplong, *hyp.* num. 686. Arrêt 25 luglio 1812 della Corte di cassazione, in Sirey, *Recueil*, tom. 13. part. 1. pag. 257.

(7) Favard de Langlade loco citato, num. 18. Arrêt 25 dicembre 1810 della Corte d'appello di Nimes, in Sirey, *Recueil.* tom. 11. par. 2 pag. 79.

proprietà. E quello che ivi dicemmo del titolo varrà tanto maggiormente parlando dell'inscrizione; perchè appunto il fondo sottomesso all'ipoteca deve essere specializzato nel titolo, perchè da esso si traggano le indicazioni del fondo stesso per tradurle nelle note dell'inscrizione. Questa formalità è riconosciuta da tutti come necessaria ed essenziale alla compiutezza della formula che deve apparire dai pubblici libri (1). Però anche in riguardo a questa si accettano in pratica le indicazioni equivalenti. Anzi la legge austriaca ha facilitata l'applicazione dell'articolo 2148 num. 5 del Codice italico, determinando lo scopo di questa prescrizione ed esibendo così un criterio per giudicare della necessità o meno delle modalità ultime della medesima. Giacchè nel § 4 della legge sulle prenotazioni (2), e nel § 12 della sovrana Patente 19 giugno 1826 aggiunse che la designazione dei singoli beni ipotecati deve essere fatta *generalmente in modo per cui non possa nascere dubbio sull'identità dei beni medesimi.*

La giurisprudenza francese, troppo severa osservatrice in origine della lettera della legge, si piegò ad un indulgente interpretazione (3). La Corte di Liége col decreto 26 maggio 1818 decise che un errore incorso nel numero comunale d'una casa non vizia l'inscrizione, se d'altra parte si trova sufficientemente specificata. La Corte di cassazione col decreto 6 febbrajo 1821 decise egualmente per riguardo all'errore nell'indicazione del comune ove è situato l'immobile; anzi nel decreto 25 novembre 1813 avea già ritenuto valida un'iscrizione mancante affatto di quella ubicazione; altre indicazioni però escludevano ogni dubbio sull'identità del fondo. L'ugual decisione fu emessa a Nancy il 28 aprile 1826 sulle conclusioni di Troplong (4).

E in fine la stessa Corte di cassazione pose il suggello a questa dottrina, decidendo sulle conclusioni di Favard de Langlade il 28 agosto 1821 che la designazione del fondo inscritto si dovesse tenere per sufficiente ogni volta che i terzi non fossero stati condotti in errore (5).

(1) Nel sistema francese si eccettuano le ipoteche giudiziali e la legale del tesoro. Del resto vedansi: Tarrible, *Repert.* v. *inscription hypoth.* § 5. num. 12. Persil, *régime hyp.* art. 2148. § 5. n. 1. Favard de Langlade, *Répert.* v. *inscription hyp.* sect. 5. num. 19. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 668 bis, e 689. Così la nullità è in questo caso comminata espressamente negli art. 2278 del Cod. Albertino, 2197 del Cod. parmense, 151 del Regolam. legisl. gregoriano, 78 della legge ipotec. toscana, e 2201 del Cod. estense.

(2) Vedi nostro § XXXIV, e le Notificazioni 27 e 28 aprile 1824 de' governi di Venezia e di Lombardia.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 689.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 689.

(5) Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription hyp.* Sect. 5. n. 19. Vedi anche Mattei, n. 6, art. 2129. appendice al § 471. Cod. civ. austr.

# § XXV.

Il conservatore non ammette la domanda d'iscrizione se non sia fatta dalle persone che hanno diritto alla medesima, ovvero dai procuratori, eredi, successori, cessionarj o subentrati nelle ragioni delle persone medesime. Questi devono presentare in forma autentica il rispettivo titolo di procura, rappresentanza, cessione o subingresso; e se la persona è defunta il decreto del giudice. Per l'interesse degli ospitali, dei pubblici stabilimenti e dei comuni si ammette la presentazione che venga fatta dai rispettivi amministratori.

*Arg. dagli art. 2148, del Cod. civ. francese, 54 e 55. del Regolam. 16 aprile 1806.*

SOMMARIO.

1. Chi può chiedere l'iscrizione? Se lo possono le persone incapaci d'amministrare le cose proprie.
2. Non lo possono i terzi senza un'autorizzazione autentica da parte del creditore.
3. Se un cointeressato può inscrivere il credito anche per gli altri: e se l'inscrizione praticata dall'uno per il tutto giovi agli altri.

**1.** Per fare l'iscrizione, prescrive l'art. 2148 del Cod. civ. francese, il creditore presenta, o fa presentare al conservatore il titolo da cui nasce l'ipoteca. Non solo adunque il creditore, ma ben altre persone possono chiedere l'iscrizione. Vediamo però come il possano. Qualunque creditore, dice Tarrible, avente il libero esercizio de' suoi diritti può fare da sè stesso questa domanda. E coloro eziandio, che hanno dalla legge la missione di amministrare i beni d'una persona incapace ad agire da sè stessa, possono domandarla a nome di quella: quali sono i mariti, i tutori, i curatori d'un assente, d'una eredità vacante, gli amministratori d'un concorso, gli eredi beneficiarj: e non solo il possono: anzi il debbono, sotto responsalità, quanto ai danni derivabili dalla negligenza loro (1). E noi coll'art. 54 del Regolamento 19 aprile 1806 diremo che anche gli eredi e successori in genere, i procuratori e i cessionarj o surrogati del creditore possono chiedere l'iscrizione, presentando al conservatore il ri-

(1) Repert. v. *Inscription* § 5 num. 5.

spettivo titolo di procura, rappresentanza, cessione o subingresso, e se il creditore è defunto, il decreto d' aggiudicazione. Diciamo decreto d' aggiudicazione, se l' eredità è aggiudicata: o più genericamente decreto del giudice, quando essendo ancora in amministrazione l'eredità non aggiudicata, si ha bisogno sempre d' un decreto del giudice che constati la persona dell'erede o dell'amministratore. Per l'art. 34 suddetto si dovea presentare l'atto di morte e l'atto di successione: ma queste espressioni si dovettero cambiare per la diversità del sistema austriaco sulle ventilazioni ereditarie. Così pure prescrive il seguente art. 35 che per l'interesse degli ospitali, dei pubblici stabilimenti e dei comuni si ammette la presentazione che venga fatta dai rispettivi amministratori.

Ad adombrare la varia possibilità dei casi restano a chiedere due cose. Possono i minori e le persone interdette dall' amministrazione dei proprii beni domandare l'iscrizione in grazia d'un titolo assentito a proprio favore nelle vie regolari? Possono i terzi senza mandato, o i procuratori, eredi, tutori, curatori, amministratori, cessionarj e surrogati chiedere questa iscrizione in nome del creditore, senza avere o senza esibire una procura, un mandato giudiziale, un titolo di cessione o di surroga che fosse munito d'una forma autentica? Quanto alla prima quistione nè il Codice Napoleone nè il succitato Regolamento non dissero verbo: quanto alla seconda si potrebbe inferire l'affermativa dal Cod. Napoleone. Ma nel Regolamento suddetto abbiamo una espressa negativa. Sceveriamo l'una dall'altra.

Il silenzio del Regolamento 19 aprile 1806 in riguardo ai minorenni ed alle altre persone incapaci è assai significativo: anzi si potrebbe asserire che vi ha una generica permissione nelle parole: il conservatore non ammette la domanda d'iscrizione se non sia fatta dalle *persone che hanno diritto alla medesima*. Le suddette persone in quanto sono creditrici hanno diritto all'iscrizione senza dubbio. D' altronde nel novero delle persone che possono chiedere l'inscrizione invece del creditore, non pone i tutori: ma solo comprende gli amministratori delle persone morali, ospitali, pubblici stabilimenti e comuni. E lo stesso Codice Napoleone all'art. 2139, e lo stesso Regolamento all' art. 32 permettono al minore di richiedere l'iscrizione delle ipoteche legali a loro competenti: e la sovrana Patente 19 giugno 1826 (1) nel § 5 ammette parimenti i minori e gli interdetti a chiedere l' iscrizione dell' ipoteca legale nell'attualità della tutela e della cura.

La ragione sta in ciò che la persona incapace praticando questo atto conservativo de' suoi diritti non si obbliga in verun modo (2), e gli è perciò permesso quel qualunque atto civile che non ne deteriora la condizione (3).

(1) v. Notif. Gov. lom. 25 novembre 1826.

(2) Persil, *Régime*, art. 2148, n. 1. Tarrible, *Repert.* v. *Inscription hyp.* § 5. n. 5. Troplong. *hyp.* num. 672.

(3) Vedi § V. num. 5.

**2.** Hanno disputato i Francesi se possa un terzo richiedere l'inscrizione a nome del creditore senza avere o senza esibire al conservatore il titolo autentico dell'autorizzazione ottenuta a ciò fare. Persil (1), Grenier (2), Favard de Langlade (3) e Troplong (4) stanno per l'affermativa: e questa fu pure sancita nell'art. 141 del Regolamento ipotecario di Romagna. Però Tarrible sostiene la negativa (5), e questa è la sola opinione sostenibile da noi in seguito all'art. 54 del Regolamento 19 aprile 1806, nel quale si abilitano i procuratori, gli eredi, i cessionarj e gli amministratori a richiedere l'inscrizione, solo nel caso che sieno muniti del rispettivo titolo di procura, rappresentanza, cessione o subingresso o dell'atto di successione: e questi atti devono essere in *forma autentica*. Questa legge positiva elimina ogni dubbio nella nostra giurisprudenza pratica. Ma qual può essere la ragione di questa legge nel proibire a un terzo di procurare l'interesse del creditore se non con una formale procura? Risponde Tarrible avvertendo che l'inscrizione, sebbene sia un'atto stragiudiziale, è però un atto di procedura contro il debitore e gli altri creditori, che serve a dare complemento all'ipoteca creata col titolo; ella deve dunque emanare dalla spontanea e diretta volontà del creditore (6).

Posto ciò, poniamo i seguenti corollarii. Un procuratore non potria chiedere l'inscrizione dopo che il mandante fosse morto, perchè colla morte saria cessata la procura, la rappresentanza giuridica necessaria per per presentarsi al Conservatore. Il cessionario, comunque procuratore, ma in cosa propria, vi è eccettuato (7). Il conservatore può a buon diritto rifiutare una domanda d'inscrizione che gli fosse richiesta da persone non autorizzate (8). E se egli tuttavia vi avesse accondisceso, l'inscrizione praticata saria dessa valida in confronto ai terzi? Sembra di sì: perchè qualunque contestazione che nascesse in proposito darebbe occasione al creditore di dimostrare che l'iscrizione fu presa col suo consentimento: che nè l'interesse, nè l'intenzione sua poteva opporsi al fatto del terzo: e null'altro si ha a cercare nel proposto argomento se non di constatare l'indubitato volere del creditore. Nella qual nostra opinione conviene Tarrible, che raccomanda al conservatore di non usare una soverchia severità contro un terzo, che provvede al bisogno pressante d'un creditore assente o inabilitato per malattie a provvedere ai suoi negozii (9).

**3.** Nella deduzione della precedente massima si offre questo dubbio:

(1) Persil, *Régime hyp.* art. 2148. n. 4.

(2) Grenier, *hypothèq.* num. 74, per riguardo al cessionario

(3) Favard de Langlade, *Repert.* v. *inscription hyp.* sect. 5. n. 9, nello stesso riguardo del cessionario.

(4) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 675.

(5) Tarrible. *Repert.* v. *inscription hyp.* § 5 num. 5.

(6) Tarrible, eodem.

(7) Grenier, *hypothèq.* num. 74

(8) Id. ibid.

(9) Tarrible, loc. citato.

può egli uno fra più creditori d'uno stesso credito ipotecario chiedere l'iscrizione anche per gli altri cointeressati, senza averne avuto una speciale autorizzazione? Sembrami che il conservatore non potria rifiutarsi a tale richiesta, dovendogli bastare che quegli che si presenta abbia per sè un titolo sufficiente: e per riguardo all'interesse degli altri creditori, siccome il credito da iscriversi si presenta per indiviso, egli non può sindacare i parziali rapporti che possono esistere tra di essi creditori. L'inscrivente poi non potrebbe opporre agli altri cointeressati di non aver essi chiesto personalmente l'iscrizione; perchè risponderebbero d'essersi volontieri adagiati sulla di lui sollecitudine, e non esser lui autorizzato a niegar loro un diritto che acquistarono assieme: e che l'omissione dell'iscrizione della quota del loro credito, non si potesse addurre da chi era più che edotto, anzi partecipe del credito stesso. In confronto ai terzi replicherebbero bastare ad essi che dai pubblici registri avessero notizia del credito ipotecario per la totalità sua ascritto al nome di tutti i creditori, per non interessarsi d'altro. Favard de Langlade (1) adotta questa conclusione in riguardo all'usufruttuario che avesse iscritto per la totalità del credito, senza distinguere il proprio dall'interesse del proprietario nudo. E suffraga questa conclusione coll'autorità del decreto 15 maggio 1809 della Corte di cassazione, e specialmente col principio che l'usufruttuario dee far tutto ciò che interessa la conservazione della sostanza usufruita: principio fondato nella legge 1. § 3 Dig. *usufructuarius quemadmodum caveat,* ove gli s'ingiunge *non deteriorem se causam ususfructus facturum, cœteraque facturum quæ in re sua faceret* (2). Questa opinione è altresì fondata nell'articolo 614 del Codice Napoleone, e nel § 513 del Codice civile austriaco.

La cosa saria diversa nel caso che l'uno dei cointeressati avesse presa l'iscrizione solo in proprio nome. Così se l'usufruttuario d'un credito si fosse iscritto per sè solo e il proprietario del credito non avesse ciò fatto: non esitano Grenier (3), Favard de Langlade (4) e Troplong (5) ad affermare che l'iscrizione di colui non gioverebbe a costui. La separazione de' loro interessi è completa, e l'iscrizione non dimostrando che un sol creditore, escluderebbe le pretese di altri creditori che ivi non appajono. E questo caso è diverso dal precedente: perchè ivi, diciamo d'un inscrizione presa per tutto il credito: qui dell'inscrizione presa solo per l'usufrutto del credito (6).

(1) Repert. v. *Inscription.* Sect. 5 num. 7.

(2) Così nella legge 15 in principio. dig. de usufruct.

(3) Grenier *hyp.* num 76.

(4) Favard, *Repert.* v. *Inscription.* Sec. 5. num. 7.

(5) Troplong *des priv. et hyp.* num. 675.

(6) Vedi § XLVIII su ciò che l'iscrizione esclude tutto ciò che non è iscritto.

# § XXVI.

Le inscrizioni non producono alcun' effetto quando siansi eseguite entro quel tempo, in cui gli atti intrapresi coll'oberato debitore sono dichiarati nulli. Lo stesso ha luogo fra i creditori di un'eredità, se l'inscrizione non siasi fatta da uno di essi che dopo aperta la successione, e nel caso in cui l'eredità sia stata accettata col benefiçio dell'inventario.

*Art. 2146 del Codice civile francese. Arg. dal § 83. del Regol. giudiziario.*

SOMMARIO.

1. Quali condizioni si debbano verificare nel tempo che si chiede l'iscrizione.
2. Dell'iscrizione presa durante il fallimento del debitore. Digressione sulla necessità di stabilire un termine retroattivo all'aprimento del concorso per gli effetti giuridici di questo.
3. Della ragione legislativa del § 83 del Regolamento giudiziario, come principio deduttivo dei casi seguenti.
4. L'iscrizione presa sui beni d'un defunto non vale in pregiudizio degli altri creditori dello stesso nel caso d'un eredità giacente o beneficiaria.
5. Vale se fu presa dopo che il debitore fu interdetto per prodigalità, demenza o cause simili.
6. Dell'inscrizione presa dopo la cessione dei beni fatta dal debitore ai creditori, e prima dell'apertura del fallimento.

**1.** L'iscrizione si può prendere quando che sia, perchè la legge non prescrive alcun termine perentorio della efficacia del titolo (1). Ma il creditore deve vegliare al proprio interesse, in quanto che il diritto di ipoteca non si acquisla se non all'atto, anzi nel giorno dell'iscrizione. Per essa veramente si può dire che il tempo è danaro, perchè l'ozio di un giorno potrebbe consumare il capitale accreditato. In questo intervallo di tempo che decorre tra la formazione dei singoli elementi dei quali si compone l'ipoteca, può darsi che intanto che si compie l'ultimo requisito, alcuno degli antecedenti si dissolva e sparisca.

E se pure è vero che l'ipoteca deve comporsi di tutti e quattro gli

(1) Da noi si può dir così, perchè non abbiamo le ipoteche privilegiate, le quali devono essere inscritte entro un dato termine per conservare la prerogativa loro come in Francia: Favard de Langlade, Repertorio v *Inscription hyp.* sez. 2. n. 1.

elementi che le abbiamo assegnati, si devè pur dire che quando si pone l'ultimo atto che compisce l'ipoteca devono contemporaneamente sussistere le precedenti condizioni dell'obbligazione principale, della proprietà e del titolo costitutivo. Se alcuna di queste condizioni ha cessato di esistere, il creditore chiederebbe l' iscrizione invano: invano avvertirebbe il pubblico dell'acquisto d'un diritto che all'atto d'essere inscritto si trova spoglio di una delle precedenti sue condizioni necessarie, si trova mancante di uno de' sostanziali suoi componenti.

Se manca un debito o la causa del debito manca la causa dell' accessorio, e non che essere invalida l'iscrizione, viene a mancare persino la idea dell'ipoteca, come dissimo nel Capo primo.

Se manca la proprietà prima che l' ipoteca sia fissata definitivamente colla iscrizione, passata la cosa ipotecata in mano dei terzi, non la si può più vincolare coll'ipoteca, o inscrivere un titolo precedente con cui il precedente proprietario l'avesse sottomessa all' ipoteca: il che fu dimostrato sotto il § XXII.

Ma noniamo in questo § un lievito di gravissimi dubbii domandando, se possa chiedersi l' inscrizione nel momento in cui l' autore del titolo avesse perduto la libera disponibilità del fondo designato all' ipoteca. Il che può avvenire in questi quattro casi:

*a*) Se in questo intervallo di tempo il debitore si fosse reso oberato.

*b*) Se fosse morto, e la sua eredità fosse giacente o fosse stata adita col beneficio dell' inventario.

*c*) Se fosse stato semplicemente interdetto per prodigalità o per cause simili.

*d*) Se il debitore avesse fatta la cessione dei beni ai creditori onde godere del relativo beneficio di legge. E queste nostre ricerche s'intendano fatte non solo nei casi d'un titolo convenzionale: ma quando anche si trattasse d'un titolo necessario, ossia d'un titolo concesso dal giudice.

**2.** Nel primo caso del creditore che avesse cercato l' inscrizione dopo aperto il concorso a carico del debitore, non ci può essere dubbio per l'autorità delle leggi vigenti, che l'inscrizione sia tardiva e non valga a procacciar l'ipoteca. Il § 83 del nostro Regolamento giudiziario dispone: » dal momento che il concorso sarà aperto, non potrà alcun creditore ottenere validamente sopra la sostanza dell'oberato nè notifica, nè ipoteca, o qualunque siasi altro mezzo di assicurazione; nè si potrà ulteriormente, nè validamente procedere contro il debitore da alcun tribunale o giudizio...... »

Questa proibizione colpisce direttamente la prima delle tesi proposte, purchè si avverta alla purezza delle espressioni adoperate. Essendo che nella nostra legge si dà il nome d'ipoteca, non come fanno i francesi al titolo ipotecario, non al diritto semplicemente personale, ma alla vera ipoteca che per i §§ 451 e 1368 del Codice civile non è tale, se non col-

l'inscrizione. Prima di questa non si può dire d'avere ottenuto un' ipoteca; ma l'ultimo modo di ottenerla consiste nell'iscrizione. Di conseguenza questa legge direbbe che dopo aperto il concorso non si può ottenere validamente un' iscrizione ipotecaria. Ella non distingue veramente se l'ipoteca acquistata dopo il concorso avesse avuto un titolo precedente: ma espressamente dice nel Codice civile che l' ipoteca non è acquistata prima dell'iscrizione, nel Regolamento dice che dopo aperto il concorso non si può ottenere l'ipoteca. È implicito adunque che non ottenuta l'ipoteca solamente per la mancanza dell' iscrizione, sia veramente non ottenuta: quindi non si possa ottenere dopo il concorso. La legislazione francese è ancora più esplicita nell'art. 2146 del Codice civile, e nell'art. 443 del Codice di commercio. Nel primo si legge: le inscrizioni non producono alcun effetto quando sieno eseguite entro quel tempo in cui gli atti fatti prima del fallimento sono dichiarati nulli. Nel secondo abbiamo pure: che nessuno può acquistare privilegio nè ipoteca sopra i beni del fallito nei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento. E così fu giudicato in due cause riferite dallo Zini, l'una colla sentenza 1 marzo 1825 del tribunale di Milano confermata in appello colla sentenza 30 giugno 1825, l'altra colla sentenza 5 dicembre 1826 del tribunal di Cremona confermata pure in Appello il 22 giugno 1827. (1)

L'identità del principio tralle due legislazioni è manifesto. Però nella francese si fa retroagire l'interdizione cagionata dall' apertura del concorso a dieci giorni innanzi a quello che si dichiarò essere in esso cominciato il fallimento. L'art. 441 del succitato Codice di commercio prescrive che l' apertura del fallimento è dichiarata dal tribunale di commercio; la sua epoca è fissata sia dall'occultarsi che fa il debitore, sia dal chiudere i suoi magazzini, sia dalla data di qualunque atto che comprovi il rifiuto di saldare o di pagare obbligazioni di commercio. Tutti questi atti però non comproveranno l'apertura del fallimento se non allorquando vi sarà cessazione di pagamento o dichiarazione del fallito.

Nella legge nostra non ci ha nè l'uno nè l'altro di questi termini retroattivi. Il fallimento pel suddetto § 83 comincia dal momento in cui il giudice lo apre. E solo recentemente, cioè colla sovrana Risoluzione 9 maggio 1846 si emendò quel § in questo: che il concorso si dovesse reputare aperto, non dal momento, ma dal giorno dell'aprimento. (2)

Quindi inferiamo da queste combinate disposizioni della legge nostra, che nel giorno stesso in cui si apre il concorso non si possa inscrivere validamente nessuna ipoteca. Prescindendo però per un momento dalla

(1) Zini, *giurisprud. pratica* vol. 8. par. 1. pag. 181 e segg. Così fu pur giudicato dalla corte d'Appello di Bordeaux il 5 maggio 1808 confermato dalla Corte di cassazione il 19 dicembre 1809. Sirey, *Recueil*, tom. 10. par. 1. pag. 101; il quale riferisce un' altro giudicato ove si distingue il fallimento del commerciante dalla *déconfiture* d'un particolare non commerciante. La legge austriaca non riconosce questa distinzione.

(2) Pubblicata dai Governi di Lombardia e di Venezia il 25 luglio 1846

deduzione pratica, ci sia lecito l'esprimere il nostro giudizio comparativo tra i due sistemi l'austriaco e il francese. In Italia questa virtù retroattiva della apertura del fallimento è adottata in tutte le legislazioni, meno nella nostra e in quelle dei Ducati di Modena e di Parma e Piacenza (1). E diffatti la vediamo adottata nel Codice civile di Piemonte coll'art. 2218, nel Codice civile delle due Sicilie coll' art. 2040, nell'art. 89 del motuproprio risguardante le ipoteche di Toscana, e negli articoli 72 e 109 del Regolamento legislativo di papa Gregorio XVI. Che anzi nel Codice civile del Canton Ticino coll'art. 1158 questo effetto retroattivo è determinato ai due mesi che precedono l' apertura del fallimento.

La legge austriaca è senza forse assai più semplice della francese; ma dubitiamo che per essere semplice sia anche opportuna e compatibile colle urgenti necessità della vita sociale. In questa come in cento altre parti del Diritto civile abbiamo un fiero antagonismo tra 'il creditore che alla vigilia del fallimento, e appunto per il certo timore di questo ottiene delle garanzie, e gli altri creditori che rimangono denudati d' ogni mezzo di retribuzione. Se tu ti volgi a compassione del più sollecito creditore, tu sacrifichi gli interessi di molte famiglie. Ma se presti attenzione alla somma degli affari che si conchiudono nella pressura del vicino fallimento, forza è bene che la bilancia trabocchi per gli interessi molto maggiori che resterebbero sacrificati. Qui pugnano senza riposo molti interessi, qui la scienza giuridica versa in una penosissima esitazione. Se tu proteggi il più solerte creditore, non ti sarà soverchio disagio di perorare la sua causa con una deduzione geometrica dal Diritto individuale, la quale ti corre semplice e spontanea nella mente. Ma dovrai rimirare ad occhi asciutti lo sperpero di tante fortune, sacrificare l'agiatezza di molte famiglie, disconoscere quell' alta missione della Giuridica, la quale precisamente consiste nell' inventare principii e instituzioni che l' individuo proteggano senza offendere la comune dei cittadini. Adottando quel facile partito isfronderai la scienza e la legislazione di quel sublime magistero per cui non si distrugge, ma si livella il diritto individuale, egoistico e dissolvente alla sfera più elevata, conciliatrice e benefica dell' equità civile. Il Diritto individuale ti potrà lusingare coll'appassionato sentimento e colla lucida evidenza geometrica. Ma la storia e la coscienza pur ti aprirà un più largo orizzonte ove vedrai gradatamente svilupparsi, tra i due poli opposti del sentimento egoistico e dell'idealità della morale, questa che è la scienza prima dell' economia dell'incivilimento (2).

(1) Nell'art. 2186 del Cod. estenso non si assegna alcun termine retroattivo: così nemmeno in altri luoghi dello stesso Codice che comprende anche le leggi di commercio. Nel Codice parmense è persino ommesso il secondo periodo dell' art. 2146 del Codice italico.

(2) Troplong, nel num. 656 del suo trattato ipotecario fa un'eloquente apologia del principio di questa proibizione retroattiva. Aggiunge poi un' incalzante critica, sull' estensione che la legge darebbe ad essa circa i privilegi, le ipoteche legali, e le ipoteche

**3.** La disposizione del § 83 dal Regolamento giudiziario e dell'art. 2146 del Codice civile francese ha mestieri d'essere illuminata della sua speciale ragion civile, affine di ottenere un principio deduttivo, sufficiente criterio per la decisione degli altri casi proposti. Favard de Langlade allegò a ragione di quell'articolo, che il debitore per il fallimento viene privato della amministrazione de' suoi beni (1); e soggiunsero Grenier (2) e Troplong (3), che l'apertura del fallimento fissi perciò i diritti rispettivi de'creditori, e tutto ciò ch'egli facesse dappoi sia sospetto di frode, perchè ci hanno tutte le ragioni di credere che egli favorirà o danneggierà i suoi creditori a tutto suo arbitrio. Importa dunque alla legge, conchiudono, di mettere dell'ordine e dell' uguaglianza in una così grave collisione d'interessi qual'è il concorso.

Ma queste ragioni se si possono accomodare alla legge come una spiegazione superficiale, non sono sufficienti per aiutare le nostre ricerche. A noi non basta il dire che quando il debitore fosse privato dell'amministrazione de'suoi beni non si potesse prendere l'inscrizione; poichè se generalizziamo questo principio lo vediamo non esser vero: come non è vero nel caso che l'inscrizione fosse presa per un titolo necessario giudiziale concesso contro un minore od un interdetto. Nessuno avrà mai dubitato che l'inscrizione presa debba tuttavia valere in quel modo che è valido il titolo (4). E se vale l'inscrizione presa durante l'interdizione per un titolo conceduto durante la medesima, varrà tanto più l' inscrizione presa per un titolo conceduto nel tempo che il debitore era libero gestore delle cose proprie, e quindi capace di disporre coll'ipoteca della proprietà sua. D'altronde questa ragione manca d'una evidenza obbiettiva: anzi sotto il lume dell'analisi si scompone e svapora. Imperocchè l'inscrizione d'un ipoteca convenzionale si prende per un atto volontario del debitore: ma questo atto è bastantemente rappresentato dal titolo ipotecario, e non ci abbisogna un secondo atto per la pratica consecutiva dell'inscrizione. Questa è un atto proprio del creditore e non del debitore. È un atto sufficientemente determinato dal precedente titolo, e non ha mestieri d' una novella determinazione da parte del debitore. Quindi deve sembrar bastevole che costui al tempo della concessione ipotecaria avesse avuta la libera amministrazione de'suoi beni.

E nemmeno le altre due ragioni possono sembrar concludenti: perchè se valesse il sospetto della frode, vedressimo molte ipoteche disciogliersi, perchè il debitore non oberato ma stretto di debiti potriasi sovente imputare di simili odiose preferenze. Così pure non vale il dire che l'aprimento del concorso arresti i diritti de'creditori nello stato in cui si tro-

convenzionali aventi un titolo anteriore all'epoca della proibizione. Queste sue avvertenze possono essere appuntate in qualche luogo, se avessero per noi qualche interesse pratico

(1) Favard de Langlade, *Repert. v. Inscription hypoth.* Sect. 2. num. 1.

(2) Grenier, *hypothèques*, num. 118.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 649.

(4) § XII. num. 3 e 4.

vano: perchè se questo è indubitabile a sensi della legge positiva non spiega ancora come ciò avvenga: e nella specialità del caso proposto si domanda appunto per qual ragione la legge abbia disposto in tal modo. Quest'ultima ragione contiene adunque una petizione di principio.

Nè con tutte queste ragioni si possono condurre e sciogliere con una intima persuasione e chiarezza le altre questioni proposte, come vedremo.

Noi dobbiamo rintracciare un'altro principio più pratico, e cimentarlo nella deduzione ai casi consimili. E non è difficile quando si osservi che l'aprimento del concorso produce l'effetto d'un sequestro giudiziale apposto sulla sostanza del debitore, in virtù del quale si toglie a questi la libera disponibilità, senza pur attribuire ai creditori alcun diritto di pegno. (1) Il § 93 del Regolamento giudiziale espressamente ingiunge al giudice di ordinare il sequestro la descrizione e la stima generale della sostanza del creditore *nell'atto stesso* che si apre il concorso.

Da qui si può stabilire che i creditori (non ipotecarii) ottengono all'atto dell'aprimento del concorso un pegno pretorio sulla sostanza concursuate.

Posto ciò s'intende come dopo d'allora non si possa ottenere validamente un'ipoteca. Perciocchè dissimo nel § IX num. 3 e 4, come il pegno pretorio impedisca le posteriori ipoteche. I creditori personali nell'atto che ottengono un sequestro non acquistano essi un diritto reale, ma solo la materiale detenzione e la ritenzione contro gli altri. Il sequestro e l'aprimento del concorso giovano a tutti i creditori dell'oberato, ma non attribuiscono ad alcuno di essi alcuna prelazione, ove non abbiano una causa distinta di privilegio. Essi si oppongono a qualunque creditore che prima del sequestro non avesse avuto sulla cosa sequestrata alcun diritto reale. Il creditore con un titolo ipotecario prima dell'inscrizione non ha alcun diritto reale: non può dunque acquistarlo dopo il sequestro.

Ma questa spiegazione non basta per gli altri tre casi che abbiamo proposti, nei quali non ci ha un vero sequestro giudiziale: nè veramente ci somministra un principio deduttivo; ma solo spiega la legge colla legge. Dobbiamo dunque trovare un principio superiore: che però crediamo latente in queste osservazioni. Quando i creditori ottengono un sequestro cosa fanno essi? Conservando la proprietà al debitore, subentrano essi come terzi nell'esercizio della proprietà stessa in quanto impediscono che il debitore ne usi a loro pregiudizio. Domandiamo ancora. Quando il debitore ha concesso un titolo d'ipoteca si è creata prima dell'inscrizione una vera e reale ipoteca? No, per quello che dissimo or ora. Il debitore adunque per aver concesso un titolo all'ipoteca non ha creato ancora un'ipoteca reale contro i terzi. E se prima che l'ipoteca divenga reale e assuma la sua vera essenza, se prima che si prenda

(1) § IX, num. 3 e 4 e §§ XLVII, LVIII e LIX.

l'inscrizione i terzi hanno impedito al debitore il libero esercizio della sua proprietà, si dovrà dire che a fronte di questo impedimento la libertà del proprietario debitore non arrivò in tempo onde costituire una valida ipoteca. Il titolo ipotecario fu il primo degli atti valevoli a costituirla: nei rapporti col debitore era una causa irrevocabile della medesima; ma prima dell'iscrizione non si può dire che il debitore col libero uso del suo dominio avesse costituito un'ipoteca. Avea cominciato a stabilirla. Ma la serie degli atti necessarii a costituire l'ipoteca per l'intervento degli altri creditori fu troncata a mezzo. Tolsero al debitore la facoltà d'alienare o d'ipotecare; e rivolti al creditore che stava per inscrivere gli dissero: tu non hai ancora acquistato un diritto reale: col tuo titolo non hai che un diritto personale; tu non sei dunque più valente di noi.

Noi potressimo dunque lusingarci d'aver trovato questo principio: il creditore può validamente inscrivere il titolo ipotecario quando nel tempo intermedio il debitore non avesse o estinto il debito, o perduta la proprietà, *o fosse stato privato della libera disponibilità della proprietà stessa per l'intervento legittimo dei terzi.*

Questo aforismo nella sua generalità domina sulla materia tutta che abbiamo assegnato al presente §, e non è che uno sviluppo di quell'altro principio che ponemmo nell'esordio del suo comento. Ivi dissimo che all'atto dell'inscrizione deve coesistere il debito principale, e la proprietà. Esitammo nel dire che debba il debitore in quel momento aver conservato la libera disponibilità del bene aggravato, perchè questo asserto abbisognava d'una limitazione. E qui la ponemmo in ciò che diciamo: in causa dell'intervento legittimo de'terzi.

Vediamo se questo principio regga nell'ulteriore applicazione.

**4.** Dei creditori d'un'eredità che fosse adita col beneficio dell'inventario abbiamo discorso nel § VIII num 4. e 5, in riguardo all'interesse che avrebbero di ottenere dalla legge e dal giudice la facoltà di assicurare i loro crediti sulle sostanze ereditarie. Analoga, ma non identica è la tesi che qui ci siamo assegnata. Poichè domandiamo se un creditore che avesse avuto dal defunto un titolo ipotecario potesse inscriverlo dopo la sua morte, e in pregiudizio degli altri creditori, verso l'eredità giacente o adita col beneficio dell'inventario. E qui coll'art. 2146 del Codice civile francese rispondiamo che quella inscrizione non potrebbe arrecar loro in quel caso alcun pregiudizio. La legge francese stabilì: l'inscrizione non produce alcun effetto in riguardo ai creditori d'un'eredità, quando non siasi fatta da uno di essi che dopo aperta la successione e nel caso in cui l'eredità sia stata accettata col benefizio dell'inventario. Gli interpreti francesi stabiliscono che questa proibizione concerne soltanto l'interesse de'creditori dell'eredità stessa, e non l'interesse degli aventi causa dall'erede: quali sarieno i creditori dell'erede o il terzo pos-

sessore (1). Però l'estendono e al caso dell'eredità adita col beneficio di legge, e a quello dell'eredità ancora giacente (2). Nè diversamente si può stabilire, e per il vero significato di quella legge, e per la sua posizione razionale. Non è tuttavia facile di rilevare quest'ultima, e renderla accessibile all'opinione volgare. Imperocchè nel silenzio della nostra legge si può fortemente dubitare dell'autorità pratica della legge francese: anzi Foramiti (3) e Mattei (4) istimano che non sia punto applicabile al nostro reggime ipotecario; perchè l'uno s'argomenta dal § 547 del Codice civile austriaco, ove si dice che l'eredità prima che sia accettata dall'erede si riguarda come ancora posseduta dal defunto, e da indi inferisce non esser vero che la morte abbia disciolto ogni diritto del defunto stesso. L'altro non adduce nessun motivo, ma soggiunge che quand'anche il creditore non avesse alcun titolo, potrebbe chiedere la prenotazione sugli oggetti ereditarj: nel mentre che, *sibi parum constans*, avea detto precisamente il contrario nel comento del § 812 dello stesso Codice civile (5). Tenendo calcolo per ora dell'obbiezione del Foramiti, vediamo, prima di deciderci, quali sieno le ragioni per le quali i francesi documentano la loro legge. Scrisse Favard de Langlade: se l'accettazione d'una successione col beneficio dell'inventario non è ancora una prova dell'insolvibilità della successione stessa, *dà però a presumere che la sua solvibilità sia dubbiosa ed incerta*, poichè coloro che sono chiamati a raccoglierla non vogliono esporsi al rischio di dimetterne le passività eccedenti la somma dell'attivo (6). Noi non possiamo accettare questa spiegazione; perchè guai se le inscrizioni non valessero quando si potesse presumere o dubitare della attuale insolvenza del debitore.

Leggiamo presso Grenier: la vacanza della successione e l'accettazione beneficiaria fissano i diritti rispettivi dei creditori in modo che non possono più variare, come avviene nei fallimenti. L'erede beneficiario, fino a che dura la ventilazione ereditaria, non è che un semplice amministratore, che non può vendere i beni della successione se non autorizzato dal giudice, che non può pagare a suo talento uno dei creditori ereditarii in preferenza agli altri, sotto pena di rivocare i pagamenti stessi in pro de'creditori non soddisfatti. E il curatore dell'eredità giacente non è altro che un vano fantasma creato per la necessità delle circostanze. Nè contro l'uno, nè contro l'altro si potrà imporre un'ipoteca, perchè l'eredità giacente o adita in quel modo si considera piuttosto in istato d'insolvibilità e di decozione. (7). La morte, soggiunse

(1) Persil, *Régime hyp.* art. 2146 num ult. Delvincourt, *Institut. de droit civ.* tom. 3 pag. 264

(2) Persil, ibid. num. 11. Maleville, analyse du Cod. art. 2146. Tarrible, *Repert. v. inscription*, § 4. num. 5 v. *hypotheq.* Sect. 1. § 6. num. 3. Grenier, *hypoth.* num. 120. Troplong, *des priv. et hyp.* num. 659 ter.

(3) Foramiti, *Encicloped. legale v. inscrizione ipot.* tom. 3. pag. 141.

(4) Mattei, al § 471 Cod. civ austr. appendice 1. art. 2146. n. 4.

(5) Vedi § VIII. num. 5.

(6) Favard de Langlade, *Repert. v. inscription hypoth.* Sect. 2. num. 1.

(7) Grenier, *hypoth.* num. 120 e 128.

Troplong, ha fissato tutti i diritti nello stato in cui si trovavano (1). E per queste considerazioni sembrava a Tarrible che fosse fuor d'ogni dubbio conforme all'equità il partito di fissare in queste circostanze la fortuna e la natura di tutti i crediti, e di non permettere che un creditore con una sollecitudine fortunatamente maggiore di quella che fosse possibile agli altri creditori migliorasse la posizione a pregiudizio di costoro. Quindi doveansi ritenere valide e operative le ipoteche compiutamente acquistate, ma non si dovea permettere che le ipoteche inefficaci al tempo della morte, perchè non iscritte, si potessero inscrivere dappoi e procacciar loro l'efficienza reale. (2)

E nemmeno queste ragioni possono sembrare a tutti assai convincenti: come non bastarono ad allettare la persuasione nè di Favard de Langlade (3), nè di Troplong, il quale rispettando la legge positiva, pur l'intacca di soverchia sottigliezza (4). Però noi dobbiamo esaminarle di nuovo, e indipendenti come siamo dall'autorità di quella legge, dobbiamo cercare se quelle ragioni od alcun'altra che noi trovassimo, siano confacenti allo spirito della legge vigente austriaca. Non si potrebbe veramente dire che la morte del debitore accaduta nell'intervallo tra il titolo ipotecario e l'inscrizione avesse tolto di mezzo il proprietario e fattovi subentrare i suoi creditori. I creditori del defunto nel caso dell'eredità giacente o della ventilazione beneficiaria, non hanno ancora appreso il fondo, come l'avrebbero appreso nel caso che si fosse aperto un concorso. Ma s'egli è vero che non vale l'inscrizione presa in un tempo in cui manca alcuno de'requisiti necessarii all'ipoteca, qui si può dire che non valga, perchè presa quando non c'era più il proprietario.

E prima di tutto non ci faremo un grave ostacolo per l'obbiezione del Foramiti desunta dal § 547 del Codice civile austriaco. Imperocchè il principio ivi professato tiene piuttosto come base del diritto delle successioni, che non sia veramente concludente al caso nostro. La legge sembra aver detto: un qualche tempo deve trascorrere tra la morte del proprietario e l'adizione dell'erede. Nessun erede ci può essere prima che il chiamato dal testatore e dalla legge non risponda all'invito. Le cose frattanto non devono non appartenere ad alcuno. Prima dell'adizione non appartengono all'erede, ma non devono cadere nella comunione universale. Quindi si finse che il defunto avesse una persona morale, colla quale s'intendesse che continuerebbe a possedere. La legge che ha stabilito l'assolutezza e l'immortalità del volere del proprietario, al quale, come disse Eineccio, si permise di volere ***ubi jam velle desiit et mors omnia solvit*** (5), per essere conseguente dovea introdur-

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* n. 657. ter.

(2) Tarrible, *Repert.* v. *inscription.* § 4 num. 5.

(3) Favard de Langlade, loc. citato, ove cita in suo favore la decisione 31 dicembre 1821 della Corte di cassazione.

(4) Troplong, loco citato

(5) Heinecc. in notis a Vinnio, *Institut* lib 2 tit 10, *de testament. ordin.* in princ.

re questa seconda finzione per salvare la prima, perchè senza di essa impadronitisi i terzi delle cose ereditarie, l'erede non avria avuto un diritto reale contro i medesimi, ma un diritto personale inefficace; chè un diritto reale non avria potuto consistere senza il finto o vero possedimento delle cose stesse. Questo è il significato del succitato §. Ma se si volesse ostinarsi sull'applicazione che ne fa il Foramiti, bisognerebbe allora dire che nel tempo che l' eredità è giacente e quindi posseduta dal defunto, possa alcuno dei creditori ereditarii domandare una prenotazione ipotecaria in pregiudizio degli altri creditori ereditarii. Ma questo corollario fu escluso coi §§ 811, 812 e 815 del Codice civile (1).

Ed è appunto per l'autorità di queste leggi che stimiamo doversi conchiudere negativamente nella tesi proposta. Esse concedono ai creditori ereditarii di instituire le loro azioni contro la massa, di sperimentare i loro diritti (§ 811), di chiedere la separazione della sostanza ereditaria da quella dell' erede, e che sia custodita dal giudice o amministrata da un curatore, e che vi sia soddisfatto (§ 812). Ma l'erede beneficiario non può pagare ad alcuno de' creditori se alcun altro creditore rimanesse scoperto: a tal fine deve convocarli, e pagare in proporzione i loro crediti insinuati (§ § 813-815). Vedesi adunque da queste leggi come l' opinione di Foramiti e di Mattei non sia così ovvia e attendibile come può sembrare a primo sguardo.

Supponiamo che l'erede beneficiario invece di pagare subito uno de'creditori avesse conceduto allo stesso un' ipoteca sui beni ereditarii. Per le leggi predette è manifesto che non potendo egli pagare un creditore ereditario in pregiudizio degli altri, non gli potrebbe nemmeno concedere sui beni dell' eredità un' ipoteca a di loro danno. Se essi chiedessero la separazione, quell'ipoteca sarebbe annullata, perchè l' erede, non ancora proprietario assoluto per l'aggiudicazione, non poteva disporre della sostanza ereditaria destinata in prima all'estinzione delle passività del defunto. Se la legge proibì all'erede beneficiario di nuocere ai creditori creditarj, non può averlo permesso al giudice. Se questa interpretazione si ammettesse, si ammetterebbe nella legge una flagrante contraddizione. Dunque il giudice non potrebbe concedere una prenotazione durante la giacenza dell'eredità o la ventilazione dell'eredità beneficiaria. E se l'avesse concessa varrebbe solo ed in quanto gli altri creditori ereditarii avessero potuto essere soddisfatti sulla rimanente sostanza ereditaria, o non avessero chiesta la separazione o l'aprimento del concorso sulla sostanza del defunto.

Qual'è la ragione di queste disposizioni? Perchè il giudice non potrà concedere un'assicurazione ad alcuno fra i diversi creditori creditarj?

Una ragione c'è; ma è nascosta nelle stesse radici del Diritto ipotecario. Però è facile rinvenirla ove cercassimo quale sia lo scopo civile

(1) § VIII num 4 e 5.

dell'ipoteca. In molti luoghi di questo trattato rispondemmo consistere nel bisogno di sistemare il credito contro gli arbitrii del proprietario; dicemmo risultare come una limitazione della libertà di costui in una parte corrispondente a quella che fu accresciuta per via del credito (1). L'ipoteca non fu imaginata come fosse un'odioso privilegio tra più creditori, e per introdurre tra di essi un semenzajo di liti e d' ingiustizie: ma fu unicamente determinata dal bisogno di sistemare il credito personale contro le fallacie o le successive disgrazie del debitore personale.

Ma quando il proprietario è morto: quando gli altri cittadini non possono impadronirsi delle cose da lui lasciate se prima non si provvede all'indennità dei debiti reali e personali del defunto proprietario, i creditori non hanno più nulla a temere, non hanno più nulla a chiedere dalla legge: non hanno più bisogno d'altre garanzie: manca lo scopo civile dell'ipoteca che in tale occasione impetrassero.

Quando il debitore proprietario è morto, vengono gli eredi. Ma tra il morto e l'erede la legge introduce sui beni lasciati i creditori preesistenti all'erede. Questi non può pervenire al godimento dell' eredità, se prima non si dà ragione alle istanze di quei creditori. La legge stabilisce che prima che una terza persona acquisti il dominio delle cose abbandonate dal defunto si addivenga ad una generale liquidazione della sua sostanza, e si debba accontentare su di esse le pretese legittime anteriori de'creditori. Ma tra di essi la legge non può permettere, nè permette che uno acquisti alcuna ipoteca. Epperchè ciò? Non per altro se non perchè essi non hanno bisogno di guarentirsi contro il proprietario precedente, perchè non devono aver paura d'un morto: non hanno bisogno di guarentirsi contro il proprietario futuro, che non può divenir tale se prima non si ascoltino i loro reclami. Se adunque l' ipoteca si prende come freno all'arbitrio del proprietario, qui non ne deve sorgere nemmeno il desiderio; perchè i creditori possono altrimenti provvedersi col chiedere il comune rimedio della separazione.

E manca altresì ogni ragione perchè alcuno dei creditori ereditarii possa pretendere alcuna garanzia contro gli altri creditori, i quali nè sono proprietarii, nè hanno minor ragione di concorrere sulle cose del defunto. Quando la legge ha voluto introdurre delle cause di preferenza tra i creditori lo ha fatto coll' attribuire ad essi dei privilegi. Ella ha concesso l'ipoteca solo quando era mestieri di frenare l'arbitrio del proprietario.

Nè diversamente diremo del creditore che ottenne un titolo ipotecario dal debitore, e non lo inscrisse se non dopo la sua morte, se non dopo cioè ch'egli non potè più abusare della proprietà. Se dopo quel tempo nemmeno l'erede testamentario potè avere il dominio sulle cose lasciate, il creditore che col titolo ipotecario è un'altro avente causa dal proprie-

(1) Vedansi i §§ 1. num. 2-4. II. V, num. 5. 7, VI. num. 13 e 14, VII. VIII num. 1 e seguenti, IX, XI num. 1. XIII, num. 1 e 6 e in molti altri luoghi

tario, non potrà imporre una limitazione reale sulle cose ereditarie. Se i creditori chirografarii del defunto possono opporsi a ciò che l'erede acquisti il dominio, potranno egualmente opporsi al creditore che volesse acquistare colla postuma inscrizione il diritto reale d'ipoteca a loro danno.

Essi adunque potranno opporre, valendosi del principio che abbiamo dettato in principio di questo §, che non può valere l'inscrizione postuma, perchè, se fu presa contro il defunto, fu presa contro uno il quale non che essere proprietario non è nemmeno persona: se fu presa contro l'erede, questi non può dirsi nemmen lui proprietario, perchè non ottenne ancora l'aggiudicazione, e perchè prima che l'avesse ottenuta, essi ottennero la separazione dell'eredità dal suo patrimonio (1).

Però se essi non avessero chiesto in tempo utile questo beneficio della separazione, o l'erede beneficiario non avesse convocati i creditori ereditarj, secondo importano i §§ 811-815 del Codice civile, il creditore di cui diciamo potrebbe essersi utilmente inscritto e potrebbe far valere il suo diritto reale anche contro i creditori ereditarii; i quali devono imputare a sè medesimi di non aver posto mano ai rimedii di legge.

Questa inscrizione varrà altresì nel caso che dopo la convocazione dei creditori e la chiesta separazione, l'erede avesse lasciato intatto il suo credito. Imperocchè l'erede in tal caso è tenuto a rispettare il titolo ipotecario, come un' obbligazione personale del defunto, e l'inscrizione varrebbe in suo confronto e contro gli ulteriori suoi aventi causa, come conseguenza necessaria del titolo.

Quest'inscrizione, secondochè dissimo nel precedente § XXIV num. 6, può essere presa anche colla semplice menzione del defunto (2).

**5.** Se il debitore o quegli che costituì il titolo dell'ipoteca, prima che ne fosse presa l'inscrizione, fosse stato interdetto per prodigalità, demenza o cause simili, varrà l'inscrizione?

Se il titolo stesso non sarà oppugnabile per mancanza del consenso, od altra eccezione, l'inscrizione per sè stessa sarebbe presa validamente. Giacchè questo caso è assai diverso dal precedente. L'interdizione non toglie al costituente la proprietà, nè è retroattiva sui fatti e sulle obbligazioni anteriori: solo gli toglie la libera disponibilità per l'avvenire. E nemmanco diremo che coll'interdizione si torrebbe ogni pericolo d'abuso, per cui il creditore non avesse bisogno di guarentirsi coll' ipoteca. In

(1) Vedasi di ciò il § XV, num. 4.

(2) Nell'art. 2040 del Codice delle due Sicilie si stabilisce che tale inscrizione nel caso di eredità beneficiaria si possa prendere quando non si sia potuto prendere per la brevità del tempo; il che si presume quando non sieno scorsi 45 giorni dalla data del titolo alla morte del promettente. Nell'art. 90 della legge ipotecaria di Toscana si annullano le ipoteche prese dai creditori del defunto dopo il lasso del trimestre, se l'eredità è adita col beneficio dell'inventario. Noi dobbiamo riprovare questi emendamenti che stanno senza una ragione speciale di messo alle opposte dottrine che abbiamo dedotta.

questo riguardo l'interdizione provocata coll'apertura del fallimento è diversa da questa. In quella si provvede coll' interesse de' creditori stessi, i quali col sequestro si oppongono a chiunque voglia acquistare un diritto reale sui beni del debitore; in questa non si provvede all'interesse dei creditori, ma solo all'interesse del debitore stesso; e quindi i creditori non avrieno modo d'impedire che il curatore dell' interdetto non alienasse le di lui sostanze, le ipotecasse ad altri, abusasse dell'amministrazione, o venendo a cessare l' interdizione, il debitore le dilapidasse dappoi a suo grand'agio.

**6.** Ci rimane ad esaminare l' inscrizione presa nel giorno o dopo che il debitore avesse fatto in giudizio la cessione de' beni ai creditori.

Il § 74 del Regolamento giudiziario pare che escluda la possibilità pratica di questo caso: perchè vi si dice che il giudice dovrà aprire il concorso senza dilazione, se qualcuno dichiarerà giudizialmente la propria incapacità di pagare i suoi debiti. Però può passare un qualche giorno dalla presentazione dell' istanza per la cessione de' beni e l'aprimento del concorso. In questo intervallo può un creditore presentare al l'ufficio delle ipoteche un titolo convenzionale o un decreto anteriore del giudice che gli avesse concesso una prenotazione. Varrà l' inscrizione presa in quest' intervallo, cioè prima del giorno in cui fosse aperto il concorso? A noi pare che sì, quando i creditori non avessero frattanto acconsentito alla domandata cessione. La semplice offerta per sè medesima, senza la di loro accettazione, non basterebbe a privare il debitore della proprietà, del possesso e della libera disponibilità delle cose sue; quindi può nel frattempo concedere ipoteche, e il creditore può inscriverle. La cessione dei beni, sia pur fatta al fine speciale di sottrarre il debitore all'esecuzione personale, non diversifica da qualunque altra cessione o dazione in soluto. Per essa si trasferisce la proprietà; ma essa è un contratto che non si compie se non coll'accettazione. È un contratto che è titolo a trasferire la proprietà alla rappresentanza dei creditori; ma perchè la proprietà sia trasferita o impeditone il libero esercizio ci ha bisogno o della tradizione o del sequestro. Prima di quelle pratiche non si toglie al debitore la libera disponibilità delle cose sue.

I Francesi convengono nel fondo della quistione: dissentono solo nei dettagli particolari alla loro legge. Tarrible supponendo che sia intervenuta questa accettazione, e che i beni ceduti siano affidati ad un apposito amministratore, conclude che impedisca la iscrizione fatta dappoi (1). Quindi è probabile che nel caso contrario avria accettato la nostra conclusione.

Grenier stette alquanto imbarazzato nel considerare il debitore, che fece questa cessione, come fosse un fallito, allo scopo di applicarvi la di-

(1) Tarrible, *Repert.* v. *inscription.* § 4. num. 6

sposizione dell'art. 2146 del suo Codice civile riguardo alla retroattività dei dieci giorni. Concluse per l'identità perfetta nel caso che il debitore fosse negoziante, il negò nel caso che fosse un semplice particolare (1). Ma questa analogia col fallimento non conclude nulla. Ciò che importa di sapere si è: se al tempo dell'inscrizione il debitore era ancor proprietario e avea ancora il potere di disporre delle cose sue, e se i terzi colla tradizione e col sequestro se ne erano impadroniti. Troplong dopo qualche esitazione conviene espressamente con noi ove dice, che se il debitore alienasse i suoi beni colla cessione in prò de' suoi creditori, accettanti, questi creditori sarebbero privati del diritto d'inscriversi, perchè non si possono iscrivere sopra sè medesimi. Però niega che si possa concludere egualmente nel caso della cessione giudiziale (2). Nel qual passaggio d'opinioni non vediamo un plausibile perchè. Nella cessione giudiziale, cioè in quella fatta in giudizio ci ha un'identico contratto, salvo il luogo e le solennità del giudizio. È un contratto di cessione condizionato allo scopo di pagare i debiti.

## § XXVII.

Il conservatore descrive nel suo registro il contenuto nella nota e rimette al richiedente tanto il documento o copia dello stesso, quanto una delle note, a piedi della quale certifica d'aver eseguita l'inscrizione.

*Art.* 2150. *Codice civile francese.*

SOMMARIO.

1. Della presentazione delle due note e del titolo per l'iscrizione.
2. Se il difetto delle note si possa correggere coll'iscrizione dal conservatore, e viceversa. Se il difetto dell'iscrizione si possa correggere d'ufficio dallo stesso conservatore.

**1.** Al conservatore si presentano, abbiam detto, il titolo costitutivo della ipoteca e le due note per l'iscrizione. La presentazione del titolo non basterebbe per ottenere l'iscrizione, poiche il conservatore non si azzarderebbe, nè il potrebbe senza esporsi a grave responsabilità, di estrarre la

(1) Grenier, *hyp.* num. 124.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 662.

materia dell'iscrizione dal contenuto del titolo (1). Necessaria è dunque la presentazione delle due note conformi, le quali sono il tipo dell'iscrizione da farsi.

Che se per avventura il creditore non presentasse le note, ma solo il titolo, ovvero le note non includessero tutte le indicazioni prescritte nel superiore § XXIV, e il conservatore pazientemente completasse l'iscrizione coi dati forniti dal titolo, l'iscrizione a parere di Troplong saria a reputarsi valida; perchè la presentazione delle note sarebbe prescritta per facilitare il lavoro al conservatore, e per dare al presentatore una garanzia contro il conservatore medesimo per le irregolarità della iscrizione, delle quali egli saria risponsale; e d'altra parte per lasciare allo stesso conservatore col possesso d'una delle due note un modo facile di provare che gli errori scoperti nella iscrizione dipendessero piuttosto dalla irregolarità delle note, che non da sua colpa (2).

Gli è per questo ultimo scopo che la legge dell'art. 2150 prescrive che l'una delle note sia trattenuta dal conservatore, e l'altra debbasi da costui restituire al presentatore con avere in calce ad essa certificato d'avere eseguita la chiesta iscrizione. Questa disposizione è riprodotta in termini analoghi nell'art. 2044 del Cod. delle due Sicilie; nell'art. 2202 del Codice di Parma; nell'art. 2253 del Codice Albertino; nell'art. 158 del Regol. legislativo di Gregorio XVI; nell'art. 91 motuproprio toscano e nell'articolo 2206 del Codice modenese.

**2.** Il dovere del conservatore si limita però a riprodurre fedelmente sopra i suoi registri le menzioni contenute nelle note presentategli (3). Così comanda l'art. 2150 del Cod. civ. francese che commentiamo. Egli deve praticare con un'esattezza scrupolosa questa iscrizione, che al dire di Persil è l'ultimo suggello dell'ipoteca; perchè non sono le note presentate dal creditore, ma le risultanze de'suoi registri che egli esibirà al pubblico per l'ispezione, o nei certificati che egli sarà per emettere. Se egli errasse in una indicazione che fosse essenziale ai terzi, la nullità dell'iscrizione saria certa (4); e in questo caso egli saria sempre risponsabile verso il creditore dei danni che gli provenissero. (5)

Se le note presentate dal creditore fossero imperfette in alcuna parte,

(1) Spinnael in notis a Troplong, hyp. num. 678. e Troplong stesso nel num. 694 dicono che per decisioni ministeriali è proibito ai conservatori di redigere da sè medesimi le iscrizioni. Più esatto Favard de Langlade nel Repert. v *Inscription. hyp.* Sect. 5. n. 20. cita delle istruzioni diramate l'11 gennajo 1809, colle quali il ministro della giustizia ordinava ai conservatori che dovessero trascrivere le note quali loro si presentano.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 678 e 694.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 694.

(4) Grenier, *hyp.* num. 530. Tarrible, *Repert.* v. *inscription.* § 5. n. 13. Troplong. *des priv. et hyp.* num. 695. Avviso del Consiglio di stato 11 dicembre 1810 in Sirey. *Jurisprud.* tom. 11. part. 2. pag. 189. Vedi Decreto ital. 12 dicembre 1812. art. 15-21. sulla rettifica circa l'epoca della scadenza del credito

(5) Persil, *Régime hyp.* art. 2150. n. 1. e 5. Grenier, *hyp.* num. 530. Tarrible, v. *inscription.* § 5. n. 13. Troplong *hyp.* n. 695.

il conservatore potria a buon diritto rettificarle colle indicazioni del titolo; e l'ipoteca saria valida, misurandosi la sua efficacia dall' iscrizione e non dalle note (1): sebbene saria più prudente che restituisse le note, perchè il creditore stesso le rettificasse, e rettificate le inscrivesse. Che se ciò non facesse, el saria responsale se per avventura credendo di far bene errasse.

Se il conservatore scoprisse degli errori od irregolarità nella iscrizione già fatta, collazionandola al duplo della nota presentata, egli può rettificarla d'ufficio senza dipendere dai tribunali. Per il che deve praticare sul registro sotto la data corrente una nuova iscrizione più perfetta, riferendovisi all'iscrizione precedente che vuole correggere; il qual fatto non ha effetto che per l'avvenire, e non pel passato (2). Questa è la precisa disposizione del decreto italico 8 luglio 1811. Non gli sarebbe però lecito di emendare da sè le note presentate, come fu proibito nella circolare del Direttore demaniale di Vicenza del 16 ottobre 1810. (3)

## § XXVIII.

È in facoltà di quegli che ha ottenuto un' iscrizione, come pure de' suoi rappresentanti o cessionarj per atto autentico di cambiare il domicilio prescelto, ch' è indicato nel registro della sua iscrizione, coll' obbligo però di eleggerne ed indicarne un' altro nello stesso circondario; e se ne farà annotazione nel registro. La domanda del cambiamento di domicilio deve essere firmata dall' inscritto o dal suo rappresentante, e si ritiene nell' ufficio in filza separata e numerata.

*Art.* 80. *Reg.* 19 *Aprile* 1806.
*Art.* 2152. *Codice civile francese.*

**SOMMARIO.**

1. Ragione del §.

**1.** Siccome la designazione del domicilio da scegliersi nel circondario dell'ufficio, ove fu presa l'inscrizione, fu prescritta dalla legge nell'interesse

(1) Persil, *Régime hyp.* art. 2150, n. 2. Grenier, *hyp.* num. 550.

(2) Avis du Conseil d'Etat. del 11 e 26 dicembre 1810 in Sirey loco citato. Grenier, *hyp.* 532. e Favard. *Rep.* v. *Inscription* sect. 5. num. 20. Questa legge non fu veduta da Troplong che dice impraticabile la correzione *des priv. et hyp.* num. 695 bis.

(3) Verda, *Raccolta delle leggi ipot.* pag. 112.

del solo creditore inscrivente, come dimostrai sotto il num. 5 del § XXIV; così la legge col presente § provvede al caso in cui al creditore stesso premesse di cambiare il primo domicilio con un'altro (1).

Accordando questa facoltà la legge ha prescritto che la domanda di cambiamento debba essere *firmata* dall'inscritto o dal suo rappresentante, e che se è fatta da questo o da un cessionario debba essere corredato da un atto autentico. Questa formalità fu prescritta, secondo che avverte Grenier, per ischivare dei fraudolenti cangiamenti di domicilio (2): un atto non autentico, soggiunge Troplong, non offre garanzie e non rassicura il conservatore che il cessionario o il rappresentante sieno tali veramente (3).

Secondo una decisione ministeriale francese del 28 piovoso anno 9 la dichiarazione del cangiamento del domicilio dev'essere fatta in margine all'iscrizione: e il creditore deve sottoscriverla. Se mancasse lo spazio, la si deve riportare alla data corrente del registro, ponendo in margine un richiamo del volume e del numero ove si trova il suddetto cambiamento di domicilio. Se la parte non sa sottoscrivere, si esige un' atto notarile. (4)

È pur rimarchevole ciò che soggiunge Grenier, che cioè la morte del creditore non fa cangiare di per sè il suo domicilio; ma che in mancanza di eredi e successori l'usciere seguirebbe la norme ordinarie di procedura per le intimazioni in casi simili. (5)

## § XXIX.

Le spese dell' inscrizione sono a carico del debitore, se non vi è stipulazione in contrario; l' anticipazione di esse si fa dall' inscrivente.

*Art.* 2155. *Codice civile francese.*
*Art.* 41. *Reg.* 19 *Aprile* 1806.

### SOMMARIO.

1. Il creditore deve anticipare le spese dell' iscrizione.
2. Se nell'ipoteca concessa per convenzione e per ministero di giudice le spese sieno a carico del debitore.

(1) All' art. 2152 del Codice francese corrispondono esattamente: l' art. 2046 del Codice delle due Sicilie, l' art. 2205 del Codice di Parma, l'art 2244 del Cod. Albertino, l'art. 156 del Reg. legislat. gregor. l'art. 92, del motuproprio toscano e l' art. 2207 del Cod. modenese.

(2) Grenier, *hyp.* num. 96.

(3) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 704.

(4) Persil, Régime *hyp.* art. 2152. n 2 Grenier, *hyp.* num. 96.

(5) Grenier, *hyp.* num. 96.

**1.** Quegli che domanda l'iscrizione deve anticipare le spese di essa ancora quando non egli, ma il debitore vi fosse tenuto. Il conservatore non deve rivolgersi al debitore per il rimborso delle medesime; perciocchè non può egli intromettersi nei rapporti esistenti tra il creditore e il debitore, ma direttamente si rivolge a colui che ne ha invocato il ministerio; giusto essendo che chi fa una domanda debba soddisfare pel primo alle spese che sono necessarie ad esaudirla. L'art. 2155 del Cod. Nap. e l'art. 51 del Regolamento 19 aprile 1806, dai quali desumemmo queste prescrizioni, aggiungono a modo di limitazione che trattandosi di ipoteche legali, il conservatore ha il regresso contro il debitore per le spese dell'iscrizione (1). Questa eccezione non ha alcun valor pratico da noi, che non abbiamo le ipoteche legali esenti dall'iscrizione, alle quali allude questa legge; e per riguardo a quelle ipoteche che da noi si inscrivono in virtù d'un titolo legale, non si può invocare questa disposizione; perchè in favore di essa non milita qui da noi quella ragione messa innanzi da Troplong che dice: quegli che richiede l'iscrizione dell'ipoteca legale non essere obbligato ad anticiparne le spese, perchè egli agisce spesse volte senza un proprio interesse, e nella vista soltanto della pubblicità ipotecaria, quali sono i parenti o gli amici, o il procurator regio o il ricevitore del registro: chè non saria giusto di costringere, soggiungiamo noi, gli amici e i parenti i quali per ciò appunto non si prenderebbero mai il fastidio di inscrivere i crediti dei minori o delle mogli, sul pericolo di perdere le spese anticipate (2).

**2.** L'art. 2125 che esaminiamo stabilisce che il debitore è tenuto a rimborsare il creditore delle spese dell'iscrizione quando non ci ha convenzione in contrario (3). Questa proposizione è giusta quando si trattasse d'un' ipoteca convenzionale; perchè il debitore che spontaneamente ha promesso l'ipoteca, si è con ciò stesso obbligato alle spese dell'iscrizione; perchè chi vuole il fine vuole i mezzi; ed in genere in materia di contratti le espressioni ambigue si interpretano contro quegli che le ha profferite (4). La cosa non è meno evidente quando l'ipoteca viene concessa pel ministero del giudice in via esecutiva: avvegnacchè le spese dell'iscrizione, come ogni altra spesa dell'esecuzione stia a tutto carico

(1) Contiene uguali disposizioni l'art. 2049 del Cod. delle due Sicilie. Per l'art. 159 del Regol. legisl. gregoriano tutte le spese si anticipano dall'iscrivente; e così pure nell'art. 93 del motuproprio toscano. Per l'art. 2204 del Cod. di Parma il conservatore dee prestarsi gratuitamente Nell'art. 2208 del Cod. modenese alla formula dell'art. francese da noi trascritta si aggiunge che il conservatore debba prestarsi gratuitamente alla inscrizione delle ipoteche legali richiesta dal cancelliere.

(2) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 729.

(3) L'art. 94 della legge ipotecaria toscana è più dettagliato: senza un patto diverso il debitore resta aggravato delle spese occorrenti per la inscrizione: però quelle che occorrono per le iscrizioni contro i tutori o curatori per l'interesse dei minori o degli interdetti debbono sopportarsi dai patrimonii amministrati.

(4) § 913 Cod. civ. aust. leg. 40. Dig. *de pactis*

del debitore. Se egli invece la concedesse per uno dei titoli legali esaminati sotto il § VIII, ci sembra che dovressimo distinguere: se il titolo suddetto sia uno di quelli che suppongono non aver mai avuto il creditore una fede personale nel debitore, quali per esempio i creditori ereditarii e i legatarii verso l'erede, il proprietario d'una casa minacciata di rovina da un prossimo edificio ecc. allora siccome il debitore è senz'altro obbligato per legge a dare cauzione e quindi a concedere ipoteca, deve pure essere costretto alla rifusione dello spese dell'iscrizione. Però abbiamo in contrario due giudicati conformi di prima istanza del 24 dicembre 1851 e dell'Appello lombardo del 20 marzo 1852 (1), che decisero: le spese per l'assicurazione d'un legato pio stare a carico del legatario e non dell'erede, pel motivo che i debitori debbansi sollevare quanto più si può.

Principio caritatevole, ma che non vince l'altro, che chi è obbligato ad un fatto, è obbligato a quanto è necessario perchè il fatto sia fatto. Soggiunsero che la legge non obbliga l'erede a queste spese. Eppure si dovea prendere in considerazione questo art. 2155 del Cod. francese in ciò vigente e l'art. 41 del Regolamento 19 aprile 1806: i quali sommettono il debitore a queste spese.

Riguardo alla categoria dei creditori che ebbero da principio una credenza personale nel debitore e poscia la perdettero, decideremmo in contrario senso: perchè il creditore non potrebbe sempre allontanare il sospetto che egli chiedesse un'assicurazione pel solo scopo di molestare e di aggravare di spese il debitore, nel quale avea pure in origine riposta la sua fiducia.

Da ultimo osserveremo, che il creditore possa nell'iscrizione aggiungere nel computo delle spese future ancora queste dell'iscrizione, bastando che siano unitamente alle spese giudiziali valutate in una somma fissa. (2)

(1) Giornale di Giurispr. prat. di Venezia an. 2. 1852. num. 23 e 24.

(2) Troplong, *hyp.* num. 736

# CAPO QUARTO

## DELLA PRENOTAZIONE IPOTECARIA.

### § XXX.

Se l'inscrizione del credito nei pubblici libri non ha luogo per difetto delle forme legali del documento, il creditore può chiedere la prenotazione. In forza di essa si acquista un diritto condizionato di pegno, il quale, ove sia poi giustificato il credito per mezzo di sentenza di giudice, diventa assoluto fin dal tempo della domanda di prenotazione presentata secondo l'ordine voluto dalla legge.

*Arg. dai* §§ 438 *e* 453 *del Codice civile austriaco e dal* § 1. *della Notificazione govern. lomb.-veneta* 27 *e* 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. Della prenotazione. Sua utilità e difficoltà dottrinale nello stabilire per qual titolo si conceda.
2. Esame della opinione che esclude la prenotazione per qualsivoglia credito senza un' apposito titolo ipotecario. Della pretesa ripugnanza tra il § 449 e il § 453 del Codice civile austriaco.
3. Esame del secondo argomento che il § 453 ripugnerebbe con tutto il sistema cauzionale del Codice civile e del Regolamento giudiziario.
4. Il sistema del § 453 fu iniziato da leggi anteriori a que' Codici, e fu confermato dalle leggi posteriori.
5. Esame della quistione sotto il punto di vista razionale. Confutazione delle opinioni contrarie.
6. Ragione legislativa del § 453 e della Notificazione 27 e 28 aprile 1824.
7. Riprova di questa ragione o del principio derivativo delle prenotazioni nella storia del Diritto.

**1.** Questo soggetto della prenotazione s'appresenta al nostro studio come una assai pregevole parte del sistema nostro ipotecario, e come un notabile sviluppo di quel processo legislativo, che per sistemare il credito sulla proprietà fondiaria, incominciò nell'età matura del genio

giuridico di Roma, e dopo la lenta transizione del medio evo nei tempi moderni ricevette in Francia col principio della pubblicità la legittima adozione nella famiglia delle leggi civili; e col sistema tavolare, e con questo nuovo metodo della prenotazione prese in Germania una tal simplicità e politezza di forme, una siffatta robustezza di complessione, che si può dire avere ivi oggimai toccato l'apice della perfezione.

La prenotazione è metodo, diciamo, col quale il creditore può ottenere colla massima speditezza una ipoteca, quando ne ha un più urgente bisogno, e non potrebbe ottenere l'inscrizione ordinaria, sia perchè il debitore non l'acconsentisse, sia che per alcuna irregolarità nei documenti non potesse praticarsi. Questa agevolezza si ottiene coll'impetrare dal giudice un'iscrizione *ex primo decreto*, la quale diviene efficace dal giorno che fu fatta, ma condizionata alla successiva giustificazione del credito da ottenersi in via giudiziale.

Questo metodo meritava un posto onorato in ogni sistema ipotecario, perchè riflette un quotidiano bisogno della legge economica del credito, che non può essere disconosciuta da qualsiasi legislazione. Anzi tutte intraviddero l'alta necessità di provvedervi e di soddisfarvi. Il credito personale dicemmo più volte è l'anima d'ogni commercio, d'ogni rapporto morale. Ove quest'anima sfugge, la coesione civile si disciorrebbe. Per mantenerla furono imaginati varii sistemi di garanzie: tra le quali l'ipoteca. Ma siccome in tutte cose umane il tempo è preziosissimo, non bastava che s'immaginasse un provvedimento; ma bisognava che il provvedimento fosse istantaneo, come istantaneo scattava il bisogno della garanzia. L'indugio d'un giorno può rovinare un creditore: e appena che nell'animo suo la fiducia personale avesse dato luogo al sentimento contrario, il suo rapporto creditorio doveasi confortare quanto importa alla stabilità delle contrattazioni.

L'ipoteca giudiziale dei francesi s'avvicina per un riguardo a questo trovato legislativo, ma è ben lontano dal porgere la eguale utilità economica; perchè questo sorprendendo il debitore contemporaneamente col primo decreto e coll'inscrizione, gli toglie la possibilità di eluderlo con assegnazioni o preventive ipoteche: nel mentre, come osserva Troplong, l'ipoteca giudiziale non si acquista se non dopo gli indugi d'un giudizio, e d'una sentenza e della spedizione di questa: e perciò il debitore ha tutti i mezzi di eluderla (1).

Però se questo eminente vantaggio del creditore non è disconosciuto da alcuno: non è altrettanto ovvio il constatarne il valore giuridico; e qualunque opinione favorevole alla legge positiva non può ottenere di subito l'universale consenso de' nostri giureconsulti; perchè tra i migliori di essi appena alcuno ne distingui che alla novella legge faccia un'onesta accoglienza. Non è a vero dire che difettiamo di leggi, chè le vigenti sono

(1) Troplong, *des priv. et hyp.* num. 900

specialissime espressive e replicate. Non è che oscilli la pratica dei tribunali, che si pronunciò mai sempre fermissima e tenace osservatrice della legge. Nullostante non mancano uomini sinceri e dottissimi che dubitano persino del carattere imperativo di questa e di quell'altra legge; altri vi ravvisano più d'una contraddizione e presumono rimediarvi ripudiando quella che sembra condannare il loro proposito: altri ancora nell'ordine razionale le dicono improvvide ed esiziali al ben pubblico, intollerabili affatto, non che correggibili.

Spettacolo singolare che è questo: avvegna che l'opposizione non è tra la speculazione e la pratica; nè gli oppositori sono tanto appartati nella contemplazione scientifica da non riescire versatissimi anche nella pratica forese. Nè si può dire di essi senza ingiustizia che riguardino la legge e la pratica de' giudizii come non meritevoli di quell'estimazione che talvolta si niega agli studii meramente dottrinali. Ed anzi gli stessi nostri scrittori, con tutto il disinteresse loro e la loro soda instruzione, fuorchè in questo argomento non ostentarono giammai di quell'indipendenza di critica, di che in altri paesi credono onorarsi i più reputati giureconsulti. Ond'è mai adunque che dimesso l'abituale riserbo, strepiti una si profonda discordia nel foro? Ond'è mai che il Legislatore nostro, che pure (in ciò che riguarda il diritto ipotecario) non si mostrò mai alieno dalle utili riforme, onde è mai che le magistrature, che non sempre si mostrarono schive delle interpretazioni larghe e razionali, così ostinatamente si rifiutino a quelle vive rimostranze?

E che farò io, uomo nuovissimo, in sì grave emergenza? Che varrà l'usata scioltezza del giudizio in quistione di pratica anzichè di teoria? Io dovrò procedere ben cauto e guardingo fra tante suscettività. Osserverò dapprima il movimento della disputa nel campo pratico: e sin qui non uscendo dal posto d'osservatore e di storico, la cosa non mi sarà troppo difficile. Ma dovrò pure entrare nel campo razionale, e vedervi la derivazione e l'efficienza della legge tal quale nella pratica e nella mia schietta opinione appunto s'interpreta e si deduce alle quotidiane occorrenze, Ed allora temo di trovarmi solo e indifeso a fronte di avversarii la cui dottrina, esperienza e pubblica considerazione potrieno bastare a qualificare per temerario il mio assunto. Spero però che gli onesti, prima di accagionarmi nel proposito, vorranno onorarmi della loro critica, e additarmi una via e uno scioglimento migliore. Ed allora, amante come io sono della verità, mi affretterò di venir loro secondo.

**2.** I detrattori della legge e della pratica della prenotazione, concedono che accordare la si debba per quei crediti che fossero provveduti di alcun apposito titolo cauzionale, sia che dipenda dal contratto, sia che dalla legge: ma escludono energicamente, che la si possa accordare per i crediti non scaduti, e non provveduti d'un titolo cauzionale apposito. Essi allegano due argomenti: l'uno nelle combinate disposizioni de' §§ 449 e

433 del Codice civile austriaco: l'altro per lo spirito e la teorica generale di esso Codice e del Regolamento giudiziario nella materia delle cauzioni; e concludendo dopo ciò nell'interesse del loro assunto, discendono a combattere l'efficacia delle leggi posteriori contrarie in due campi distinti, nel campo pratico, e nel campo razionale.

Prima di tutto asseverano col § 449 che il diritto di pegno si riferisce bensì sempre ad una obbligazione valida, ma che non qualunque obbligazione attribuisce il titolo per acquistarlo; quindi non basti ad ottenere la prenotazione di produrre una valida obbligazione, ma esigasi di più un titolo speciale per l'ipoteca. E colle stesse parole del § soggiungono: il titolo nasce dalla legge, da sentenza di giudice, da contratto e da ultima volontà del proprietario. E prosieguono: questo essere un principio generalissimo, la chiave di tutto il sistema austriaco risguardante i diritti reali; perciò doversi ognora averselo presente, e ad ogni singola disposizione, ad ogni singolo § che tratta d'ipoteche e di procedura ipotecaria doversi collocare come fattore, come indispensabile premessa: e tanto meglio quindi doversi premettere al § 433, e con esso spiegare il seguente suo tenore. Se l'iscrizione del credito nei pubblici libri, vi si legge, non ha luogo *per difetto delle forme legali del documento,* il creditore può chiedere la prenotazione. In forza di essa si acquista un diritto condizionato di pegno, il quale, *ove sia poi giustificato il credito* nel modo prescritto nei §§ 438 e 439, diventa assoluto fino dal tempo della domanda di prenotazione presentata secondo l'ordine voluto dalla legge. E noi cominciamo ad avvertire. L'ovvio significato di questo § 433 importerebbe il contrario di quell'assunto: essendochè non si parla ivi di un preventivo titolo ipotecario, ma semplicemente si dice che un creditore munito d'un *documento* può ottenere la prenotazione quando giustifichi il *credito.* Non è però che l'ipoteca che ne deriva rimanga destituita d'alcun titolo: perchè essendo accordata dal giudice, riceve appunto con ciò il titolo giudiziale.

Ma sarà sempre vero in questa ipotesi, replicano gli avversarj, che si concederebbe l'ipoteca per qualsivoglia credito senza un titolo preventivo: con questa interpretazione si verrà sempre ad una conclusione opposta a quella che risulta dal § 449, ove si dice al contrario che qualunque obbligazione non attribuisce il titolo per acquistare il pegno. Dunque o si ritiene per vero questo principio, o si rifiuti quella conclusione: o si accetta questa e bisogna cancellare il § 449. La contraddizione è inevitabile in questo modo. Bisogna dunque interpretare diversamente il § 433 dicendo che non basta al creditore di provare il credito, ma che debba allegare un titolo apposito per l'ipoteca: cioè o un titolo convenzionale, o alcuno de' titoli legali da voi annoverati nei §§ VIII e IX, cioè provando e dimostrando il pericolo dell'insolvenza o l'indubitata sfiducia.

Fra gli accusatori di questa antinomia abbiamo Nippel (1), Winiwar-

(1) Nippel, *comentario* al § 433, num. 4. Codice civ. aust.

ter (1) ed Ellinger (2): gli avvocati Costi (3), Castelli (4) e Pievani (5): il consigliere Benoni (6), la Redazione della gazzetta dei tribunali di Milano (7) e Degli Sforza (8). Zeiller avea tentato di distruggerla scrivendo: non s'oppone in verun modo codesta estensione della prenotazione ai semplici crediti personali al principio superiormente esposto nel § 449: imperocchè non verranno le prenotazioni di leggieri addomandate, e senza che il loro credito sia esposto a pericolo, da creditori equi e prudenti, i quali cerchino di non acquisiar fama di durezza. Ma il padre de' comentatori austriaci scambiò qui la quistione di diritto colla quistione di fatto: perchè si domandava se in diritto per qualunque credito si avesse diritto al pegno, e non già se tutti i creditori personali ricorressero al pegno.

Tuttavia a noi non sembra che colla interpretazione proposta al § 453 si contradica in alcun modo alla disposizione del § 449. Dappoichè in questo § si dice che per avere il pegno non basta il solo credito: che il creditore, perchè creditore, non ha l'arbitrio e l'autorità di imporre sulla proprietà altrui una legge, un diritto reale: ma che la proprietà altrui non può essere toccata e manomessa che dal proprietario, ovvero da persone che hanno un'autorità sopra di lui, quali sono il giudice e il Legislatore. Quindi è verissimo che il credito per sè solo non attribuisce il titolo del pegno: perchè il credito è un ente giuridico astratto, piuttostochè un essere concreto, naturale ed attivo, qual'è la persona: l'autorità emana dalla persona: nè il creditore ha autorità alcuna sulla proprietà altrui; egli non può quindi presentarsi da sè solo al conservatore delle ipoteche e delle pubbliche tavole, non può imporre sull'altrui fondo un diritto reale se la competente autorità non lo autorizza. Autorità competente è solo il proprietario, il giudice o la legge: quindi il titolo ipotecario non può altrimenti derivare che da costoro. Il che riesce più evidente se si richiama la critica che abbiamo fatta in principio del nostro § VIII a quel principio favorito de' francesi: ***qui s'oblige oblige lè sien.*** E ben sembra che il § 449 faccia la critica di quell'articolo: non perchè lo negasse nel suo intendimento finale, ma criticandolo mostrò come dovesse con assai più di giudizio essere tradotto in un' altra formula. Chi obbliga sè stesso, parmi che avesse voluto dire, obbliga soltanto la sua persona. Per obbligare anche i suoi beni fa bisogno di un nuovo atto, ossia d'un titolo speciale di pegno o d'ipoteca: e questo nuovo atto deve

(1) Winiwarter, *diritto civ.* al § 455, suo § 141. tom. 2.

(2) Ellinger al § 453 Cod. civ. aust.

(3) Vincenzo Costi, *Comento* al lib. 1. del Cod. di Commercio art. 172. pag. 494 e segg. e in un art. dell' Eco dei Tribunali 1851, n. 35. 36.

(4) Giuseppe Antonio Castelli, *il pegno e le ipoteche*, nota 30.

(5) Giornale di *Giurisprud. prat.* di Venezia, an. VIII. 1855, num. 7 a 8 pag. 124.

(6) *Osservazioni e aggiunte* a Nippel sulle prenotazioni. Gior. di Wagner, 1851, p. 139.

(7) Gazzetta de' Tribunali anno 1. num. 64. 69. 71.

(8) Degli Sforza *il Dir. di pegno*, cap. 17. § 76-78. Sonzogno, Man. del proc. civ. aust. par. 3. cap. 9, pag 537. 549.

venire da chi può obbligare i beni del debitore, cioè il debitore stesso, o il giudice, o la legge.

Dunque in rigore analittico il credito o l'obbligazione personale non è causa giuridica dell'ipoteca: il titolo di questa non può procedere che da una autorità, la quale non risiede nel creditore personale. Dunque dicendosi nel § 453 che il giudice può concedere ipoteche per qualunque credito documentato, non si offende il § 449; perchè con quel § esercita il giudice quell'autorità che in questo § gli è concessa. Dunque svanisce l'accusata antinomia.

Vorrà forse sostenersi che nel § 449 si dicesse che non si concede ipoteca o prenotazione per qualsivoglia credito? Chi vorrebbe veder ciò, parrebbe piuttosto metterci del suo, che non analizzarne spassionatamente il significato. Qualunque obbligazione non attribuisce il titolo all'ipoteca: questo vi si dice e nulla più. Ivi si parla del pegno e dell'ipoteca in genere: sia che quella s'acquisti per iscrizione sia che per prenotazione. E quanto all'ipoteca in genere mostrammo nel Capo primo di questa prima Parte, che si può concedere ed ottenere per qualsiasi credito. Parlandosi dell'ipoteca in genere non si dee far distinzione da iscrizione a prenotazione, da modo a modo con cui ottenerla. Dunque pel § 449 non resta pregiudicata la quistione, se la prenotazione possa addomandarsi per qualsivoglia credito. Basta di ritenere con esso che il credito per sè stesso e il creditore da sè solo non possono attribuirsi il titolo all'ipoteca. Viene il § 453 a stabilire, o almeno a fornir materia di ricerca, se il giudice possa accordare il titolo d'ipoteca a qualsivoglia credito.

In questo riguardo sorge un secondo contrasto nell'opinione di coloro che reputano doversi interpretare il § 453 come se dicesse che il creditore non potesse chiedere la prenotazione e non gli bastasse di provare la verità del credito senza allegare altresì un titolo ipotecario preesistente o nella volontà del proprietario, o nella disposizione speciale della legge. Nippel s'ostina nell'opposizione in questo riguardo, gratuitamente asserendo che la parola credito adoperata in principio del suddetto § significhi veramente credito, e la stessa parola adoperata in fine dello stesso § indichi insieme credito e titolo ipotecario, ossia il diritto di pegno (1). Con quale autorità cambii il significato proprio delle parole, o lo cambii quando gli va a grado, noi non sappiamo; quindi la sua critica non può rimuoverci d'un punto dall'opinione nostra.

Soggiunge ancora, che quantunque la lettera del § 453 ci dia ragione, pure richiamando questa legge i §§ 438 e 439, ove si regola il modo di prenotare e quindi di giustificare il diritto di proprietà, faccia presupporre che si tratti di giustificare non semplicemente il credito, ma il diritto di pegno, quindi il titolo ipotecario (2). Ma nel § 453 si richiamano

(1) Nippel, *comento* al § 453. n. 3-5. Cod. civ. aust.

(2) Nippel, loco citato.

bensì i §§ 438 e 439 per stabilire *il modo* acconcio con cui si debba fare la giustificazione del credito: ma non si richiamano per istabilire *cosa* è che si debba giustificare. Il § 453 dice che si deve giustificare il credito, e non il diritto o il titolo di pegno: e non può rimandare ai §§ 438 e 439 per dire come ivi si dice che si debba giustificare la *proprietà*. Il che sarebbe stato impossibile, non che ridicolo. Perchè nella prenotazione ipotecaria non c'entra la giustificazione della proprietà, nè in que' §§ si parla d'altro. Forse che Nippel ha voluto dire: siccome nella prenotazione della proprietà si prova il diritto preesistente alla proprietà, così nella prenotazione ipotecaria si deve provare il diritto preesistente all'ipoteca? Pure è volgare la massima che *a diversis non fit illatio*. Diversa dalla ipoteca è la proprietà. L'ipoteca può essere concessa quando esiste un credito, quindi, dato un credito, può il creditore pretendere dal proprietario o dal giudice una cauzione, quindi un titolo all'ipoteca: ma la proprietà non può essere concessa senza il consenso o il fatto dell'anterior proprietario: perciò il giudice nel primo caso può attribuire un'ipoteca, perchè ci ha un credito da assicurare: ma nel secondo caso egli non può che dichiarare la legge del proprietario, dichiarare l'esistenza d'un titolo precedente, non attribuirne un nuovo. Data la diversità dei due casi, fallisce l'argomentazione dall'uno all'altro. Dunque il § 453 si deve interpretare in proposito indipendentemente dai §§ 438 e 439: dunque si può conchiudere che per esso basta la giustificazione del credito, perchè il giudice abbia l'obbligo e quindi l'autorità di concedere la prenotazione.

Più speciosa è la critica dell'avv. Costi e degna del suo vivace ed acuto ingegno. Egli ci vuol far osservare che quando il § 453 disse, se l'inscrizione del credito nei pubblici libri non ha luogo *per difetto delle forme legali del documento*, ecc., suppose che ci fosse un documento arrecante un titolo ipotecario, mancante delle debite forme, ma non un documento di credito mancante di titolo ipotecario: che in tal caso non saria stato mancante solo nella forma, ma bensì anco in una parte essenziale. Quindi la legge avria concesso la prenotazione nel solo caso che mancasse alcuna formalità al documento del credito e dell'ipoteca, e non nel caso non contemplato che un documento di credito mancasse del titolo ipotecario. Quest'osservazione però è più sottile che vera. Perciocchè la legge parla in termini generali: se l'inscrizione non ha luogo, ella dice, si conceda la prenotazione. Un documento si dice che manchi delle forme necessarie, non già solo per il modo della scrittura, per le firme de'contraenti, per tutto ciò che si riferisce alla prova estrinseca: ma si dicono forma tutte quelle clausole, quei patti, quelle concessioni giuridiche, quelle cautele, quelle stipulazioni che assicurano la regolarità dell'affare, e premuniscono di tutta la sua efficacia l'intenzione dei contraenti. Facile era al legislatore di dire, se *l'ipoteca* non può inscriversi per difetto delle forme del documento ove avesse voluto alludere alla necessità d'un titolo ipotecario preesistente; ma disse al contrario se *il credito* non può inscriversi per

difetto delle forme. Tralle forme e cautele che assicurano l'*efficacia intenzionale* del diritto creditorio ci ha senza dubbio il titolo ipotecario: dunque questo è compreso in ciò che si dice *forma del documento* (1).

Ma poniamo ancora per agevolezza di discorso, che per forma nel documento non si dovesse intendere altro che le formalità probatorie del documento: domandiamo allora perchè il legislatore nel secondo periodo del suddetto § disse che basta di giustificare il credito? S'egli è vero che il giudice non possa di suo capo concedere la prenotazione in mancanza d'un apposito titolo ipotecario, convenzionale o legale, epperchè dovrà egli concederla senza esaminare la verità del titolo, che si supporrebbe contenuto in quel documento? Egli dovria occuparsene, e il creditore dovria giustificarlo. Ma la legge disse invece che bisogna giustificare il credito; e non parla del titolo ipotecario. Or bene delle due: o il creditore ebbe un titolo valido e provante, o non l'ebbe affatto o non abbastanza provante. Se il titolo non ha bisogno di prove: tant'è che si può senz'altro presentare per l'inscrizione. Se nel documento non ci ha alcun titolo ipotecario, o se ci ha, non è constatato in modo certissimo, epperchè mai il giudice potrà non esigerne una prova, se non perchè dalla legge è autorizzato a concedere egli stesso un valido titolo? La sua opinione adunque non è compatibile coll'ovvio significato della legge.

Tra i nostri avversarii contiamo ancora il signor Degli Sforza (2) il quale anzi soggiunse che le espressioni del § 453 sono chiarissime e non abbisognerebbero di alcun commento, nel senso che la prenotazione non si deve accordare se non nel caso in cui il titolo creditorio che si vuol prenotare, contiene anche il titolo all'iscrizione. Le espressioni sono chiarissime, com' egli dice; eppure qualifica questa sua conclusione come *consentanea allo spirito* del §. Come egli creda necessario di investigare lo spirito della legge quando le sue espressioni sono chiarissime, non lo vedo; e non posso vedere com'egli volendo investigare lo spirito di quella legge si esima da qualsiasi comento.

**3.** Possiamo dunque stabilire che per il § 453 del Codice civile il giudice deve accordare la prenotazione per qualsivoglia credito, e senza altra prova che quella della sussistenza del medesimo.

Ma ritornano gli avversarii con quest'altra obbiezione: che tutto il sistema del Codice civile e del Regolamento giudiziario risguardante il diritto delle cauzioni non accorda che dei titoli cauzionali specialissimi a caso e caso, e non già un titolo generale per qualunque sia credito e in qualunque circostanza: che in tutti questi casi speciali la cauzione non si accorda dalla legge se non quando risulti in qualche plausibile

(1) Convengono press'a poco in queste nostro osservazioni l'avv. Turati nell'articolo inserito nel Giorn. di Giurisprud. pratica di Venezia. an. IV. 1851. n. 25. o l'avv. Giambattista Pagani, nell'art. inserito nella Gazzetta de'Tribunali di Milano, an. 4. 1851, n. 76.

(2) Degli Sforza, *Diritto di pegno*, cap. 17. § 76-78.

modo il mancamento di fiducia personale tra creditore e debitore. Il che si è veduto nella stessa trattazione nostra dei § VIII e IX, dove distinguemmo due categorie, e ponemmo nella prima quei casi in cui appare per la natura dei rapporti che non fosse mai esistito alcuna credenza tra creditore e debitore: e nella seconda annoverammo quegli altri casi in cui per un fatto posteriore e dimostrato risulta che la fiducia primitiva era cessata. Dunque, concludono, tante e siffatte disposizioni particolari escludono e contraddicono al principio che voi volete stabilito nel § 453; dunque la vostra interpretazione di questa legge è per lo meno inattendibile, perchè mette in aperta ripugnanza un articolo del Codice con molte e più estese sue parti; dunque quell' articolo non può essere una legge perchè il contradditorio non si può nè applicare, e nemmeno intendere.

Conservando i termini di quest'obbiezione, generalizzate cioè quelle particolari disposizioni in questo principio che la legge non conceda cauzione se non quando è dimostrato il difetto di fiducia personale, colla dovuta franchezza diressimo dover apparire una qualche contraddizione tra il principio positivo del § 453 e il principio negativo di quelle particolari disposizioni. Però vorremo avvertire che l'accusata contraddizione è piuttosto pratica che teoretica. Mi spiego. Ella è insolubile praticamente, perchè ambedue quelle leggi ripugnanti sono leggi obbligatorie nella loro forma, perchè promulgate nello stesso momento, come parti di un tutto che fu attivato colla promulgazione di quei due Codici. Ma non sono egualmente repugnanti teoreticamente; perchè il concedere una garanzia in dati casi particolari, non esclude che in astratto si possa concedere in generale in qualsivoglia caso in cui sia per cessare o per essere cessata la personale fiducia. La contraddizione non può stare, perchè la diversità rappresenta piuttosto il passaggio dalla specie al genere. Pure supponiamo che una contraddizione ci sia.

Non concediamo però così presto che il principio contenuto nel § 453 perchè repugni alle altre particolari disposizioni delli stessi Codici e al principio negativo che le informa, sia appunto per questa repugnanza inaccettabile e inefficace. Facciamo astrazione dall'aspetto meramente logico delle leggi proposte. Atteniamoci al loro valore pratico, alla loro attualità e forma imperativa. Neghiamo che perchè una delle due leggi disponga del particolare, escluda la seconda che abbraccia il generale.

Imperocchè noi domandiamo: dati queste due ordini di leggi contradditorie, con qual criterio, con qual prevalente ragione si abolirà il § 453 e s'adotteranno le altre particolari disposizioni dei Codici che sono vigenti per ambedue gli estremi? Forse che quel paragrafo dovrà patire il peso della maggioranza degli altri paragrafi? È questa la vera ermeneutica? Le prescrizioni del Legislatore si dovranno esse prendere a peso e misura? Constatiamo adunque i fatti, indi cimentiamo le no-

stre ricerche verso il *quia*. Diciamo pure dapprima che una contraddizione esista: ma non affrettiamoci senza un dimostrato titolo di prevalenza a rifiutare l'una ed accettare l'altra delle leggi contraddittorie. Quale di esse resterà vittoriosa non è cosa di ovvia percezione.

Questo è ciò che dobbiamo investigare: quale sia il titolo di prevalenza fra l' uno e l' altro sistema. Prima di trovarlo, qualunque conclusione sarebbe immatura, imprudente ed erronea.

Ma nel pronunciarsi subitamente contro la realtà del sistema da noi propugnato, oltrechè gli avversarii partono da una falsa interpretazione della legge che l'arreca, danno ancora a supporre che non sospettino che sia possibile una qualche contraddizione in un corpo di leggi così complesso, come quello che costituisce il Diritto civile. Eppure tutta la storia del Diritto, per non dire della umanità e della scienza, è fatta apposta per isventare questo ottimismo, questa fede nell'infallibilità delle legislazioni, anche le più perfette e meravigliose. Poichè il Legislatore non può sottrarsi alle leggi naturali che fanno difettivo l'istromento logico, e difficilissima l'arte che guida alla scienza. Nessun'altro titolo noi sapremmo attribuire all'opera del legislatore più decoroso di quello della scienza, co'suoi difetti e colle sue glorie, colle sue vicende e col suo progresso. Ma se la lègislazione è per la scienza, non può essere dappiù di essa. Ella incontra i medesimi problemi insolubili, partecipa le vicissitudini de'sistemi, l'incertezza delle opinioni, l'impero del tempo e delle tradizioni; di essa partecipa l'incessante aspirazione alla perfezione obbiettiva del sistema, l'incontentabilità della forma, il processo organico che compone e decompone incessantemente il suo lavoro. L' opera sua è fatalmente transitoria, relativa e progressiva, non mai assoluta e conchiusa. Qualche Legislatore, è vero, credette coll'edizione di un Codice di dare sistemi, che restringessero la scienza giuridica in dogmi inappellabili (1). Ma la esperienza smentì questa superba pretensione, e i più savii Legislatori moderni non arrossiscono di ritoccare l' opera loro quantunque volte si manifesti un bisogno di riforma. Ma da questa mobilità e imperfezione della legge il timorato giureconsulto non trae argomento di biasimo e di un volgare scetticismo; perchè se la legislazione nella sua derivazione scientifica è umana, è però insieme il dono più prezioso del progressivo incivilimento. Nel suo movimento ascendente e induttivo, la giuridica non riceve sempre i suoi veri per deduzione da principii ricevuti e incontestati, ma diparte da particolari presentimenti, e da essi soltanto si eleva alla posizione di principii generali che poi divengono deduttivi in una più larga efficienza. Il lavoro della filosofia e della codificazione non può essere compiuto ai nostri tempi: ma tutto è transizione e trasformazione dall'antico al moderno. Quindi i nuovi veri

(1) Così Giustiniano, che proibì qualunque comento al suo *corpus juris* leg. *deo auctore* § *nostram*. Cod. *de veter jure enucleand.* Così Napoleone, che credeva inattaccabile il suo Codice, o lo disse perduto al comparire d'un primo manuale forese.

non sempre si possono armonizzare colle formule contrarie che ebbero la consecrazione dei secoli. Quindi emerge la ripugnanza dei sistemi; la quale meglio risalta agli occhi nell'atto che gli elementi giuridici si trasformano sotto nuove specie adattandosi alle novelle esigenze, allo sviluppo della vita civile. In quel modo che la civiltà progredisce, e continuamente trasmuta le sue forme, così la scienza giuridica non può restare immobile in tanta commozione. Escono i Codici, escono i sistemi: la parola crede incatenare il pensiero, e questo progredisce: dimodochè a breve andare la parola è d'inciampo allo spirito. Il legislatore è attratto da questo movimento, le parti della scienza da lui architettata si sconnettono prima che sia finita l'opera di costruzione: nuovi lavori si appongono: l'armonia è rotta: ma si è provveduto ad un urgente bisogno naturale. La contraddizione c'è: ma è la pulsazione dello spirito vitale dell'incivilimento. Quindi concepiamo come l'accusata incoerenza della nostra legge sia piuttosto un succedaneo sviluppo, che non una vera e irreducibile contraddizione. Ma non anticipiamo; perchè è nostro dovere di stabilire se questo movimento intellettuale sia progressivo o retrogrado: in questo stà il nodo della quistione.

4. Frattanto abbiamo appurata alquanto la disputa, e speriamo di cattivarci l'attenzione sopra questo punto: se la disposizione del § 453 del Codice civile sia un progresso o un regresso. Però ci sembra che alcuno non vorrà subitamente capacitarsi del valore obbiettivo che noi abbiamo attribuito al suddetto §; e voglia dubitare che non debba essere interpretato secondo che noi facciamo. Quindi inferirebbe che le leggi posteriori introduttrici della prenotazione fossero leggi nuovissime e contradditorie al Codice civile. Perciò noi crediamo prezzo dell'opera di constatare come quelle leggi non sieno che una interpretazione ovvia e sicura di quel §, che la prenotazione, come noi l'intendiamo, vi fosse consacrata. E per ribadire meglio questa opinione vogliamo anzi avvertire come siffatta prenotazione fosse incarnata non solo nel Codice civile, ma fosse stata concepita e sistemata in tal guisa appunto da leggi anteriori. Provata la qual cosa sarà facile l'argomentarci che la nostra interpretazione riflette un sistema antico, e non una fantasia nuovissima: sistema che comunque coesista con un sistema diverso, ha però la stessa consecrazione del Legislatore.

Il metodo della prenotazione nacque in Germania e in occasione del sistema tavolare. Non difficile era di trovare questo mezzo giuridico in quel paese d'origine e di organizzazione feudale, ove ogni atto più importante della vita civile si contraeva sotto il patrocinio diretto e personale del magistrato, in guisa che l'autonomia de' cittadini per tutto ciò che si riferisce alla terra, fosse assorbita dalla giurisdizione territoriale del medesimo. E questo è ciò che differenzia altamente il sistema tavolare e il diritto consuetudinario germanico dal sistema ipotecario e

in genere dalla legislazione civile de' popoli meridionali; chè presso costoro l'arbitrio del privato cittadino è lasciato legislatore della proprietà sua mobile o terriera, la libera volontà sua è forma quasi sufficiente a sè stessa: mentre nell'altro un'organismo più potente stringe l'individuo alla famiglia civile, e impronta gli atti del suo arbitrio delle proprie forme, e con esse soltanto li legittima ed accoglie.

Creandosi in Germania i diritti sotto la sorveglianza delle magistrature, derivavano alla spontaneità economica questi due eminenti vantaggi: di guarentire la legalità della di loro costituzione, e come a moneta della pubblica ricchezza dar loro l'impronta della pubblica fede (1); e nello stesso tempo d'avere in pronto una autorità giuridica che provvedesse all'urgenza del credito e costringesse al dovere le obblique tergiversazioni de' debitori: in guisa che, appena nascesse un bisogno di confortare e premunire il credito, ivi il magistrato supplisse alla volontà del debitore.

Così è che la prenotazione ipotecaria fu predestinata a questo larghissimo ufficio, di assicurare qualunque diritto creditorio, appena che il creditore ne chiedesse l'assicurazione reale.

Quindi Winiwarter esplicitamente ci attesta in riguardo alle più antiche leggi regolatrici del sistema tavolare, come non facessero menzione del bisogno di produrre un titolo particolare per conseguire l'ipoteca col metodo della prenotazione: ragione da cui inferisce, (interpretando il § 453) che secondo il sistema tavolare non faccia mestieri che il titolo sia contenuto nel documento da prenotarsi: nel qual caso il titolo si fonderebbe propriamente nella legge (2). E questo solo ci spiega la disposizione del § 453: perchè con questo non ha il Legislator nostro imaginato un nuovo diritto, ma volle conservata in tutta la sua efficienza una legge anteriore.

Così in molti paesi retti dal sistema tavolare, e dove la tenuta dei libri pubblici è affidata al tribunale del luogo, si accorda la prenotazione in base ad un semplice documento di credito che non sia sospetto: come si vede in Prussia (3), in Baviera (4), in Svezia (5), nel Wurtemberg (6).

Essendo adunque il § 453 del nostro Codice civile in perfetta consonanza colle discipline che anteriormente vigevano nelle prenotazioni tavolari, non dovea considerarsi come introduttore d'un nuovo diritto, ma piuttosto come conservatore del diritto preesistente; comunque non

(1) Vedi di ciò al § XLVIII della Parte II.

(2) Winiwarter, *Diritto civ. aust.* vol. 2. § 141, al § 453. Cod. civ. aust. Ellinger cita in proposito la Sovr. Patente 22 aprile 1784 pubblicata in Boemia e le posteriori pubblicate nelle altre provincie austriache. *Manuale del Dir. civ. aust.* § 453.

(3) Art. 397 e 417 del tit. 20. par. 1. del Cod. Prussiano pubblicato nel 1794. Zeiller, *comento* al § 453, n. 1. *in notis* del Codice civ. aust. Saint-Joseph, *concordance*, pag. 3. 151.

(4) Art. 30, 105, della legge 1. giugno 1822, Saint-Joseph, *concordance* pag. 159. 163.

(5) Art. 1-16 della legge 13 luglio 1818 Saint-Joseph. *concordance* pag. 180 e segg.

(6) Art. 2. 86. 136. 137. 195-200 della legge 15 aprile 1825. Saint-Joseph. pag. 180. e segg.

si possa armonizzare colle idee generali del Codice stesso sulla cauzione. Epperciò la disposizione di quel § non può soffrire alcun dubbio circa il suo carattere imperativo; conciosiachè la intenzione del Legislatore è sufficientemente determinata e manifesta per i precedenti storici, ai quali non poteva non aver riguardo, e che anzi espressamente confermò colle letterali espressioni di quel §.

L'interpretazione da noi esibita al suddetto § 453 fu poi lucidamente professata dal Senato lombardo-veneto nelle discipline pubblicate col Decreto 4 marzo 1823 (1), nelle quali all'art. 90 proibiva ai conservatori delle ipoteche di accordare prenotazioni indipendentemente dal decreto del giudice; e all'art. 88 prescriveva che » nei casi di prenotazione secondo il nuovo Codice la petizione da presentarsi entro i giorni quattordici deve trattare il merito della pretensione, per cui la prenotazione si concesse, e non già occuparsi della forma e regolarità del decreto che accorda la prenotazione; decreto contro di cui sta aperto il ricorso all'appello ». Dal che s'inferiva che nella petizione di liquidità non ci dovrebbe essere quistione di titolo ipotecario, ma bastasse a termini del § 453 che il creditore giustificasse il credito.

Anzi nel seguente articolo 92 disse più esplicitamente che per concedere una prenotazione secondo il Codice civile generale non sia necessaria la prova del pericolo.

Una dimostrazione ancora più evidente del senso da noi attribuito al § 453 ci è pure somministrata dal Regolamento sulle prenotazioni pubblicato dal Governo lombardo colla Notificazione 28 aprile 1824, e dal Governo veneto colla Notificazione 27 aprile dello stesso anno; per la qual legge lo stesso Senato lombardo veneto del supremo tribunale, come si narra nel suo esordio, dopo presi i corrispondenti concerti cogli aulici dicasteri, si propose l'oggetto di regolare con norme uniformi le prenotazioni ammesse dal Codice civile, e di combinare la relativa procedura coll'attuale sistema ipotecario interinalmente conservato. Il Senato lombardo veneto, replichiamo, confermava la lezione letterale del § 453, poichè stabiliva nel § 6, che è materia del seguente nostro §, che sono qualificati ad ottenere la prenotazione tutti i documenti . . . . quantunque contengano un titolo di credito semplicemente personale, e non siavi nè promessa, nè stipulata veruna ipoteca; e solo rimangono esclusi i documenti destituiti d'una forma abbastanza provante, o quelli ne' quali il debitore ha espressamente proibita la prenotazione: in quest'ultimo caso però la proibizione ha luogo soltanto fino alla scadenza del termine stabilito al pagamento.

Che diremo ora dell'opinione di coloro che reputano essere quest'ultima legge introduttrice di nuovo diritto? Che pensano essi delle leggi anteriori, delle istruzioni 4 marzo 1823, del § 453 del Codice civile,

(1) Vedi le Istruzioni dell'Appello lombardo 2 aprile 1823 in 2768. 847.

delle leggi regolatrici delle prenotazioni tavolari? E noi facciamo le alte meraviglie di quegli egregi uomini, quali sono gli avvocati Costi (1), Basevi (2); Restelli (3), Pievani (4), Manini (5) e quell'anonimo T... autore d'un dotto articolo del Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia (6), e la redazione della Gazzetta dei Tribunali di Milano (7), i quali non apprezzando quanto si conviene il vero significato del § 453, professano che la legge 27 e 28 aprile 1824 contenga un' assoluta innovazione, e sia introduttrice di nuovo diritto; ed anzi alcuni di essi giungono perfino a niegarle il carattere imperativo di legge, e fin'anco contestano agli autori di essa l' autorità d' interpretare le leggi precedenti (8).

Le cose dette fin qui ci dispensano oramai dal confutare quest'ultima opinione, perchè radicata nell'evidentissimo errore di non conoscere o di non comprendere le leggi precedenti, che nella loro chiarezza non abbisognavano punto d'interpretazione.

Constatata la legge, vediamone ora il valore.

**5.** Grave argomento è questo di porgere alla legge propugnata la giustificazione del suo principio razionale generico, onde assicurarle quel rispetto e quella autorità che le si appartiene, contro le opposizioni e diremo quasi le invettive de' più accreditati nostri giureconsulti.

» Questa nuova giurisprudenza, esclama l'avv. Costi, tenderebbe a render vano il contratto d'ipoteca riconosciuto da tutte le civili legislazioni: a rendere più favorevole la posizione del trascurato, che quella del cittadino avveduto e prudente: a favorire sinistre vedute di sorpresa, per cui ottenere una non pattuita assicurazione ipotecaria, e procurarsi alla scadenza un documento quasi esecutivo: e che senza necessità trarrebbe ad aumentare le liti ed a seminare la discordia fra i cittadini. (9) »

La prima obbiezione è proprio di nessun rilievo, perchè non sappiamo cosa monti il dire che sia per riescire vana l'ipoteca contrattuale, perchè sia facile d'ottenere delle prenotazioni quando il creditore nell'atto di far credito volesse assicurarsi ipotecariamente. Chiunque può

(1) Costi, *Comento* al lib. 1. del Codice di comm. art. 172. pag. 495, Art. inserto nell'Eco de' Trib. an. 1851, n. 35. 36. e nella Gazzetta de'Trib. an. 1851. n. 71. *Comento alla legge gen. di cambio* art. 29. pag. 161. e segg.

(2) Basevi, *annotazione* ai §§ 453 num. 5. del Cod. civ. aust. e nella Memoria inserita nel Giorn. per le scienze politico-legali. tom. 2. fasc. 6. pag. 537-539.

(3) Restelli, opuscolo *dell'influenza delle associazioni industriali*, articolo 7 lett. c pag. 62

(4) Giornale di Giurisprud. prat. di Venezia an. VIII. 1855, num. 7 a 8. pag. 125 e segg.

(5) Gazzetta de'Tribunali di Milano, an. 1. num. 69.

(6) Giornale di Giurispr. prat. di Venezia an. III. 1850. num. 16 e 17.

(7) Gazzetta de'Trib. di Milano, an. 1 n. 64. 69. 71 e 76.

(8) L'avv. Costi nel luogo citato si esprime con energia e vivacità che è degna certo di miglior causa

(9) Costi *comento* al lib. 1. del Codice di comm. art. 172. pag. 495.

vedere che, appena che il debitore acconsentisse, saria assai più agevole e più pronto di ottenere la diretta iscrizione, che non di ricorrere al ministero del giudice. E se anche la prenotazione fosse una forma più commoda e più sicura dell'iscrizione ordinaria, sarebbe questo un titolo di eccellenza, anzichè di condanna. Soggiunge che la prenotazione renda la posizione del trascurato più favorevole di quella del creditore più prudente: ma noi diremo precisamente il contrario; perciocchè crediamo prudenza l'ottenere un ipoteca o per iscrizione o per prenotazione: diciamo trascurato quel creditore chirografario che non prendesse nessuna garanzia; in tal caso il trascurato non sarebbe nò il favorito dalla legge delle prenotazioni, ma quegli che non ne approffitta per rimanere da meno degli altri creditori più solleciti. Soggiunge lo stesso avvocato che nel nostro sistema si favoriscono le sorprese sinistre contro i debitori. Sia pure, diciamo noi, che questo talvolta e spesse volte avvenga; ma tra questo male e quello di lasciare il creditore in balia della miseria o della malafede del debitore, noi preferiamo quello come il minore. E che? soggiunse opportunamente l'avvocato Turati, pel semplice motivo che in origine per la fidanza inspirata dalla buona fede non si parlò di pegno o d'ipoteca, dovrà in seguito il creditore, anche allorquando ogni fondamento di quella fidanza è distrutto, assistere inoperoso alla propria perdita? Potrà a piacere il debitore distrarre i suoi stabili, aggravarli d'ipoteche a favore di creditori posteriori, far danaro e rendersi impotente pel giorno della scadenza al pagamento del debito più antico, senzá che il pregiudicato possa muovere un passo alla propria difesa? (1). Le prenotazioni sono accagionate come semenzajo di liti e di discordie. Al contrario parmi che quando i diritti sono assicurati, e come dice lo stesso Costi sono resi *quasi esecutivi*, e questo avviene in seguito alla sentenza di liquidità del credito prenotato, ogni cagione di lite e di discordia dovrebbe indi essere rimossa. D'altronde sarebbe sempre preferibile qualche lite di più, quando minori fossero le perdite de' diritti; ed in ciò spero che il sig. Costi e come avvocato e come onestissimo uomo non vorrà diniegarmi.

Ancora il consigliere aulico Benoni avversò la prenotazione come esiziale al credito e all'attività industriale del debitore.

Ella nuoce certamente al debitore. Però non è per il suo, ma per l'interesse del creditore che fu introdotta. Tuttavia non esageriamo i danni che può cagionare al credito passivo; perciocchè o il credito del debitore è ben fondato, e avrà ben poco o nulla a temere della diffidenza o della malignità di alcuno de' suoi creditori, non mancandogli o i fondi proprii o le sovvenzioni di altri più fiduciosi creditori, onde far tacere i paurosi o i maligni; o la reputazione sua è fittizia, e in questo appunto

(1) Osservazioni dell'avv. Turati contro Basevi sulla condizione della prenotaz. inserite nel Giorn. di giurispr. prat. di Venezia an. IV. 1851, n. 25.

riponiamo l'eccellenza della prenotazione, che provvede in tempo utile all'indennità del creditore avveduto. » Ma, soggiunge il preopinante, indipendentemente da ciò la prenotazione offende il credito commerciale nella sua stessa radice: nel mentre l'idea che nei casi di disgrazia tutta la sostanza del debitore comune resti obbligata a tutti i creditori senza alcun diritto di preferenza, costituisce appunto la radice del credito: e il concedere che colle prenotazioni i creditori indiscreti e diffidenti ottengano un privilegio in confronto degli altri e specialmente dei creditori lontani o stranieri, fà sì che costoro saranno senza dubbio distolti dal far credito, e l'inquietudine e la diffidenza investiranno gli animi di tutti. L'esperienza c'insegna come le giornaliere disgrazie rendano più difficili i creditori; e quindi le savie leggi, massime in affari mercantili, hanno con rigore condannato il procedere di quei debitori che poco prima del concorso, o non conscii della propria insolvenza, hanno favorito alcun creditore a danno degli altri. »

Ma, se mal non ci apponiamo, queste osservazioni non feriscono direttamente al caso nostro: piuttosto tenderebbero o a distruggere la razionalità dell'ipoteca in genere, o a proibirla in un certo periodo di tempo che precede l'apertura del concorso. Ferirebbe la razionalità dell'ipoteca, in quanto che questa torrebbe quell'uguaglianza di tutti i creditori, che si vuole base e radice del credito commerciale: ma non credo che il sullodato consigliere aulico volesse portar la sua critica fino a questo estremo: perchè tutta la storia della legislazione antica e moderna gli starebbe di contro come testimonio avverso. Ma se egli limita i suoi appunti alla prenotazione, ossia all'ipoteca preventivamente concessa, non vediamo con qual diritto escluda in essa quella legittimità che concede all'ipoteca; perciocchè ambedue le specie distruggono la eguaglianza originaria dei creditori personali: con ambedue si può favorire l'un creditore a spese dell'altro: il diffidente più del fiducioso, il vicino e molesto più del lontano e di quello di buona fede, l'ultimo creditore a preferenza degli anteriori. Tolgasi al debitore la facoltà di far questo coll'ipoteca; e di più ancora tolgasi al debitore il libero esercizio della sua proprietà, si sottometta ad una perpetua interdizione, perchè il debitore può offendere l'eguaglianza colle dazioni in soluto: e sarà conseguente di togliere al creditore la facoltà della prenotazione. Ma se si lascia all'uno, indi provengono gli accusati disastri: se si toglie all'altro, non si rimedia a quelli che nascono dalla convenzionale ipoteca. L'argomento dunque non conclude, perchè conclude troppo. E nemmeno la seconda ragione conclude di più: perchè altro è proibire la prenotazione in limine al fallimento, come fecero la legislazione francese e le meridionali, e bisognerà proibire anche l'ipoteca. Ma la legge austriaca non provvide a ciò: dunque non essendo proibita l'ipoteca in tal occasione, non v'ha ragione di escludere la prenotazione.

Replica il preopinante: il credito s'acquista al debitore perchè repu-

tato galantuomo: se trovasi dissestato, non favorirebbe colle ipoteche l'un creditore a danno dell'altro. La legge della prenotazione permette appunto ciò che l'onestà proibirebbe al debitore; concederebbe una causa di preferenza, che il debitore onesto e perchè onesto rifiuterebbe. (1)

Finissima osservazione: tuttavia inconcludente: perchè se tutti i cittadini fossero oneste e virtuose persone, qual bisogno ci sarebbe di tanto sottili provvedimenti della legge? Ma se il legislatore s'affanna con tante cure sulla fattura di leggi studiatissime, non è forse chiarissimo che in ciò fare dispera di tanta virtù? E fosse pure la virtù non una vana parola, si vorrà forse chiudere gli occhi sull' immoralità pur troppo ovvia del mondo mercantile? Se v'hanno debitori onestissimi ve n'hanno pure di subdoli, di avari, di mendaci: ve ne hanno de' deboli che cedono al creditore più esigente. In tal caso, o si toglie l'ipoteca convenzionale e di qualsivoglia natura; o, se si rispetta l'ipoteca, si dee pur permettere la prenotazione; si deve dare abilità al creditore di avere una garanzia contro la voglia del debitore, e quindi di impedirgli che il tracotto della sua fortuna non avvenga a proprio danno. E supponiamo ancora che il debitore fosse onest'uomo: ma chi si presterà garante al creditore che lo sia, che tale si conservi, e non voglia posporlo alle istanze de' parenti e degli amici, e non ceda alla pressione del pericolo e alle minaccie de'suoi irritati creditori? Se si concede adunque al debitore la facoltà giuridica di rompere questa eguaglianza, si dee pur concedere una difesa a chi ne può essere la vittima.

Anche l'avvocato Giambattista Pievani, alla cui vasta dottrina ed eletto ingegno debbo io qui rendere la dovuta onoranza, venne ad accusare la pratica delle prenotazioni, come non avesse in appoggio che delle considerazioni di semplice convenienza e di estrinseci riguardi, e sostenne che il contrario assunto avesse fondamento nel testo della legge e nella ragione.

Anzi proseguendo nelle eloquenti sue rimostranze, le rincarisce togliendo alla legge quel carattere di convenienza locale e di bontà relativa che sembrava a tutta prima volerle concedere.

» Quest'opinione sgraziatamente ritenuta come sicura, sono le sue proprie espressioni, non ha potuto non ingenerare nel pubblico delle inquietudini e dei serii dubbii sull' *opportunità per queste provincie* della nuova legge (così chiama erroneamente la Notificazione 28 aprile 1824), ove la proprietà fondiaria è cotanto spezzata, il commercio sì vivo o dettagliato, i contratti e le transazioni frequentissime, l'attrito degli affari ed il conflitto degli interessi giornaliero e continuo, ed ove in conseguenza indefinite, svariate ed ognora ripullulanti sono le cause di credito e debito, motivo ed oggetto ordinario a un tempo della prenotazione. »

(1) Cons. Benoni: Aggiunta alla dissertazione del Nippel sulla natura della petizione giustificativa d'un credito prenotato: Giorn. di Wagner, an. 1831, pag. 139, tradotta dal D. Cotta Morandini: v. Gazz. di Trib. di Milano an. 1 n. 69.

Noi dovressimo dunque difendere la legge non solo nel lato positivo, cioè secondo la lettera della legge, e dal lato razionale mostrandone la derivazione giuridica; ma saressimo costretti anzi a sostenerne l'estrinseca opportunità e la passaggiera convenienza.

Eppure vedemmo come il nostro assunto si è indubbiamente avvantaggiato coll'autorità della legge positiva. La quale dovrebbe bastare ad esimerci per ora dall'affaticarci nella sua deduzione razionale e darci il diritto d'aspettare che gli avversarli della legge conducano a fine la loro opera demolitrice. Essi ne hanno il dovere, perchè la legge non si può avversare solo per antipatia; e più ancora perchè essendo gli avversarii nostri più provetti e assai più competenti giureconsulti, loro s'aspetta di completamente provare l'ingiustizia della pratica che difendiamo.

È con questo intendimento che il preopinante prosegue: » la massa dei debitori ed il commercio ne furono in ispecie intimoriti, e non senza ragione. . . . . . Nè il credito commerciale il più consolidato, nè la precisione più rigorosa nel rispondere ai proprii impegni, nè la stessa notoria opulenza valevano per chi avesse, od anche soltanto apparisse avere alcuna passività, ad affrancarlo dalla discreditante formalità e ruinose conseguenze di una prenotazione provocata per sorpresa, o mossa talvolta da tutt'altre recondite viste, che da quella commune *ed estrinseca* di assicurare il proprio interesse. » (1)

Per quanta deferenza noi vorressimo usare all'opinione di un si onorato giureconsulto, dobbiamo per l'amore del vero e della scienza constatare come a questo modo egli non considera che un aspetto affatto parziale della quistione. Avvegnachè stimiamo che nell'andare in cerca dell'ingiustizia abbiamo ad esaminare un rapporto: e qualunque rapporto suppone due termini: e qui non si deve considerare soltanto l'interesse più o meno offeso del debitore, ma si deve prestare attenzione a quello pur rilevante del creditore; poichè la legge naturale del credito non principia e finisce solo nella persona del debitore. Cercando l'ingiustizia nell'interesse universale ed astratto della legge dobbiamo non solo constatare se il debitore risenta un danno per la legge proposta, ma eziandio se il creditore non risentirebbe un danno forse maggiore nel caso d'una legge contraria. E in questa ipotesi bisogneria trovare una ragione, alla cui divinità dovessimo sacrificare le accusate traversie. E trattandosi di abolire una leggo positiva, come pure nel caso *de lege ferenda*, si dovrebbe aver mente alla legge generale dei fatti, non alle mutabili contingenze. Primo dovere del critico è quello di classificare gli effetti generali e contrarii dei due sistemi: indi trarre nel confronto la cognizione del danno maggiore: indi la nozione della legge giusta e della legge ingiusta: indi vedere se la prenotazione è giustizia o mera ingiuria. Ma prima di ottenere questo criterio generale non a-

(1) Giornale di giurisprud. prat. di Venezia an. 8, pag. 123.

vremo diritto di qualificare come ingiuria il danno di che si lagna il debitore, l'ingiusta una legge che favorisce il creditore.

A queste fondamentali esigenze della critica legale non soddisfecero bastantemente, mi sembra, i nostri oppositori; perchè si limitarono all'antitesi parziale de' danni derivanti al debitore. Ma il fatto dell'antagonismo degli interessi sociali per sè solo non autorizza il giureconsulto e il Legislatore a parteggiare indifferentemente per l'uno o per l'altro interesse. La loro missione consiste nel tentarne la composizione, non già nel sacrificare l'uno all'altro. Legge alcuna non v' ha che non supponga queste discordie morali. Il mio è la negazione del tuo, la libertà assoluta dell'uno non dev'essere la legge dell'altro: ma tutta la legislazione è un sistema di temperamenti e di modificazioni.

Noi diciamo che v' ha un'antitesi, la quale si deve ridurre a' suoi veri termini, ai termini di fatto. E prima di tutto vorremmo che si prescindesse dai casi particolari affatto e pur troppo rari, che il creditore abusasse della legge per fini inonesti, per sorprendere e diffamare l'onesto e provveduto debitore. Poichè l'abuso non è per sè stesso un sufficiente motivo di torre il bene; e tanto più, quando non è che una poco frequente contingenza. Nè presteremo attenzione maggiore all'accusa che si fa dell'abusata interpretazione della legge: che però l'egregio avvocato Pievani s'affretta di ritirare dicendo, che fu dalla pratica posteriore raddrizzata. Egli d'altronde converrà che la storta interpretazione del magistrato non influisce sulla bontà intrinseca della legge.

Dicendo poi che una vera antitesi ci ha, concediamo implicitamente che la prenolazione possa essere causa di discredito, un' allarme, una perdita per il commerciante. Ma insieme vorremmo che i preopinanti non si facciano illusione sui danni gravissimi cagionati dalle frequenti fallacie dei debitori, e difendano i creditori dalle ostentazioni d'un credito effimero, dai pericoli quotidiani della crescente mala fede e dei frequentissimi disastri commerciali del nostro paese.

Una vera antitesi e un reale antagonismo ci ha in questo doppio ordine d'interessi. Noi non crediamo prezzo dell'opera, nè nostro diritto di niegarla. Ma abbiamo diritto a ciò che i nostri avversarii prestino la stessa e imparziale attenzione ad ambedue i termini, e ci ajutino a cercare se gli effetti derivanti dalla prenolazione alla sicurezza dei creditori, quindi all'agevolezza del credito e all' attività economica, siano per avventura superiori e preferibili ai dissesti che si cagionano ai debitori; a cercare non i motivi d'una pronta condanna, ma una ragione conciliatrice de' veri ed opposti interessi.

E quando saremo penetrati di questa duplice esperienza, forse arriveremo a una contentabile induzione, forse renderemo omaggio alla previdenza del Legislator nostro, il quale avria tentato, e vi è senza dubbio riescito, a correlare l'istituzione ipotecaria d'un principio nuovissimo e prezioso alla composizione d'un vasto ordine di rapporti economici. Giu-

stizia vuole che la mente del giureconsulto s'elevi in quell'ordine generale d'idee, ove possa valutare convenientemente le determinazioni del Legislatore. A questo modo avrà diritto di colorire le sue opposizioni, se non della ineluttabile forza del vero, almeno della autorità di una profonda e digesta convinzione.

**6.** L'interesse del creditore deve essere per noi considerato mettendo capo a quel principio, da dove la legge civile discende a proteggere le funzioni economiche della legge naturale del credito. Il qual principio fu da noi accertato nei superiori §§ VIII e IX ne' seguenti termini: » dove non ci fu mai, o venne a mancare la fiducia personale, ivi nasce il bisogno e quindi il diritto della artificiale garanzia. »

L'ipoteca e la prenotazione suppongono o l'attualità o la preveggenza di questo mancamento di fiducia. In questo riguardo dicemmo che l'ipoteca sia la *sistemazione del credito*.

Or bene dove nasce la controvversia che abbiamo qui rimeslata? non sulla verità di questo principio: perocchè nessuno vorrà sostenere che l'ipoteca si concede quando ci ha una sufficiente fiducia personale, o per tutt'altro fine che per garantirsi dalle fallacie o dalle disgrazie del debitore (1). Ma si disputò sulla limitazione pratica: che la mancanza della personale fiducia debba essere in qualche modo probabile dimostrata dal creditore, o manifesta per sè medesima. Tutta la controversia si riduce dunque all'analisi dello sviluppo maggiore o minore che si può dare di questo principio: se cioè il creditore che ha diritto alla cauzione per il mancamento della fiducia personale, debba provare in qualche modo estrinseco la cessazione di questo sentimento.

Analizzando questo postulato, non dimenticheremo insieme il superiore principio delle cauzioni: non dimenticheremo che la legge, anche nel sistema propugnato dagli avversarii, dà in via generale e teorica un diritto ossia titolo alla cauzione quando manca la fiducia. Solo disputeremo sulla ricerca pratica, se questo mancamento della fiducia debba essere provato. Nel sistema degli avversarii lo si dovrebbe: ossia dovrebbero valere soltanto quelle leggi che danno un titolo ipotecario pei casi che la sfiducia è dimostrata o dimostrabile. Secondo la nostra interpretazione del § 453 e delle leggi anteriori e posteriori al Codice civile, non sarebbe necessario che lo fosse.

(1) Solo il signor Basevi, ma forse anco per la foga degli eloquenti suoi raziocinii si lasciò dire in proposito della prenotazione: che il Codice civile non ha voluto o non poteva volere che i beni del debitore si potessero ipotecare senza il suo consenso. È anomala e nociva quella legge che dà arbitrio all'uno dei contraenti di avvantaggiarsi a pregiudizio dell' altro. *Articolo* inserto nel Giornale per le scienze politico legali, tom. 2. pag. 539. Ma qui non si tratta di arricchire il creditore, ma di difenderlo. E in molti e quotidiani casi tutte le legislazioni colle loro ipoteche legali o giudiziali, o coi titoli legali che pur annoverammo ne'superiori § VIII e IX hanno smentito quell'impugnativa, hanno dato un'ipoteca al creditore malgrado, o precisamente perchè riluttante il debitore.

Nel primo sistema si direbbe: non essere giusto e prudente di lasciare al pieno arbitrio del creditore di molestare il debitore, ancorchè fosse notoriamente ricco ed onesto. Queste ed altre possibilità odiose al creditore furono con sufficiente energia colorite dai nostri avversarii. Or qui la giustizia pur richiede che si considerino quelle egualmente e forse più frequenti eventualità, in cui i creditori prudenti ed onesti sentono un' urgentissimo bisogno di garantirsi contro il nascente discredito del loro debitore, e non possono dimostrare ad altri il pericolo e la cagione della loro sfiducia. Siano pur quanti si vogliano gli uomini cattivi, invidiosi, vendicativi; ma nel mondo degli affari la buona fede è pur l'anima universale, l'ambiente necessario, l' elemento primo della vita cittadina. Saranno quindi i cattivi uomini e le male azioni in proporzione fortunatamente assai minore verso gli uomini timorati e dabbene, verso la somma delle transazioni che pacificamente si stringono e si assolvono: la somma delle prenotazioni addomandate per inutile malizia dev'essere minore della somma delle prenotazioni richieste dalla vera necessità: a meno che nulla si stimi la moralità e la buona fede dell'universale.

Mi si conceda che il più delle volte sia impossibile al creditore di rendere una esatta ragione del suo timore, della sua sfiducia: che la sola sua prudenza e la sua pratica d'affari, la cognizione profonda degli uomini faccia sì che disperi della fortuna e della probità altrui innanzi tempo, per una sorta di divinazione, di cui la prudenza sua deve tener conto, senza saperlo rendere ad altri. La credenza e l'opinione sono sentimenti affatto subbiettivi e incomunicabili; non sono cognizioni, non sono fatti estrinseci e concreti.

Se egli non potesse chiedere cauzione se non quando fosse in caso di provare ad altri il fondamento della sua sfiducia, se dovesse aspettare fino a che il creditore fosse in procinto di fuga, o avesse sospeso i pagamenti, i provvedimenti cauzionali del giudice non sarieno più pronti del soccorso di Pisa: niun modo avrebbe di scongiurare la propria rovina.

Concedasi adunque, prima di conchiudere in questo o in quell' altro sistema, che se è vero che ci sono creditori maliziosi e malevolenti, ci hanno anche dei debitori di assai dubbia fede, ci hanno infinite disgrazie, giornalieri fallimenti, pericoli gravi e nascostissimi d'insolvenza, che il creditore può ben subodorare, ma non sempre additare e provare se non allorquando se ne trova sobbarcato e perduto.

La limitazione adunque introdotta dal vecchio sistema cauzionale offende in alto grado de' legittimi interessi, il credito e le relazioni civili illanguidiscono, la prudenza tien serrati gelosamente i capitali, l'industria e il commercio quindi ne soffrono, la moralità pubblica è bersaglio di giornaliere offese; i debitori abusando del credito, e conservando intatto e libero il patrimonio allettano nuovi creditori, vendono, cedono e con-

sumano, e sotto l'ombra della legalità ordiscono la rovina di cento famiglie, sistemano l'ingratitudine e lo spoglio.

Poniamo dunque a fronte dell'interesse del debitore quest'altro non meno legittimo del creditore. Un'antagonismo vero esiste. E questo ci basta. Noi non pretendiamo di stabilire come i mali derivanti dal sistema antico sieno molto più gravi di quelli producibili dal nuovo sistema. Data l'antitesi, cosa deve fare il savio legislatore? Cosa deve pensare il timorato e cordiale giureconsulto? Ecco il bisogno di trovare un principio superiore che concilii i contraddittorii. Questo è il suo dovere.

E prima di tutto domandiamo: dove è che appoggia il debitore il suo diritto di escludere la prenotazione? Sulla innata libertà di non fare o non tollerare se non ciò a cui è obbligato. Egli è obbligato al debito, e nulla più (1).

Ma noi pur viddimo che anche nel vecchio sistema il debitore è obbligato a dar cauzione per il successivo mancamento della fiducia, anima del contratto, condizione naturale ed essenziale d'ogni transazione creditoria. Egli è obbligato a ciò, non perchè volontariamente vi si fosse sottomesso nel contratto; ma per la natura stessa del contratto creditorio, per un diritto del creditore che è superiore alla convenzione, per quel nostrò principio generale (§ VIII) che domina pure su tutto il sistema cauzionale antico. Illusoria sarebbe le tante volte la coercizione dei giudizii al pagamento di quei debiti, ai quali appunto, per non essere assicurati in tempo, manca la materia della soddisfazione. Se la persecuzione d'un diritto è sacra, se il fine di tutte le leggi civili è di ottenere la realizzazione dei diritti, a tale scopo devonsi pure predisporre tutti i mezzi necessarii.

Il contratto stabilisce la dazione e il ricupero de'capitali per un determinato periodo di tempo: ma il contratto non avrebbe una ragione d'essere senza il consenso dei contraenti: un consenso non si potrebbe concepire senza una causa motiva. Questa causa determinatrice della convenzione creditoria consiste nel *credito*, nel proposito di affidare per giovare altrui, nella fede di ricuperare il capitale affidato. Togliete questa causa e questa fede, e manca il credito, manca il consenso; il contratto è una lettera morta, è un fatto senza causa morale; e ciò che non è morale non è giuridico. Però svanito il credito, la base del contratto, sorge il bisogno di sostituirvi una base artificiale colle garanzie: e questo bisogno per diventar diritto non ha per ostacolo la ragion civile, che è per sè stessa un complicato sistema di garanzie; anzi espressamente il comanda in tutti i casi ove è constatato il fatto della diminuita fiducia.

Ma questo non è sempre dimostrabile: ed è pur ciò nella natura delle cose.

(1) Questa è pure la grande obbiezione contro l'efficienza del nostro principio, della quale si valsero fin anco i francesi in proposito dell'ipoteca giudiziale che si volle ristretta ai soli crediti scaduti. Grenier *hyp.* num. 198.

Dunque il contratto per sè stesso non attribuisce al debitore un preciso diritto d'impedire al creditore la cauzione: ma questi vi ha diritto ogni volta che in lui manchi il sentimento della fiducia. Il principio è posto: e la sua efficienza vince l'attrito delle particolari dubbiezze. Il Codice civile lo ha presentito, e sulle rovine dell'antico gli ha consacrato una tribuna nel § 483: proclamando che il creditore sfiduciato ha diritto di confortare il suo credito delle necessarie garanzie.

Ma siamo sempre da capo, replicano gli avversarj: buono il principio, ma non è applicabile se non consti la sfiducia. Ma rispondo: la sfiducia esiste pel creditore senza che esista pei terzi; esiste senza potersi provare. Il debitore che non ha diritto di proibire questa innovazione del contratto quando è dimostrata la sfiducia, non può esagerare la efficacia del contratto, quando la sfiducia esiste indimostrabile.

A noi basta d'aver eliminato questa esagerata importanza del contratto, per trovarci di fronte in tutta la sua luce, in tutta la sua potenza, quel principio superiore, che la sopravvenuta sfiducia trae seco la garanzia artificiale.

Il contratto creditorio, mancando il credito, manca di base, di causa motiva, di consenso. Egli è evidente che colla sfiducia il mandante revoca il mandato, coll'ingratitudine si revoca la donazione, coll'indegnità si risolve la liberalità del defunto: e il mutuante col discredito del debitore vorrebbe rivocare il mutuo: nol può, perchè vi ostano i termini del contratto: non può, perchè non può impedire al mutuatario la libera disponibilità del capitale affidato, per tutto il tempo assegnato dalla convenzione; ma col domandare la garanzia artificiale reintegra la base e la causa motiva del contratto: non toglie la disponibilità del capitale, ma impedisce la disponibilità d'una parte equivalente del di lui patrimonio. Soppresso da una parte col discredito il veicolo della ricchezza del creditore, si limita dall'altra la disponibilità del patrimonio del debitore: alterato col discredito l'equilibrio esistente al tempo del contratto, colla cauzione artificiale ritorna allo stato pristino. Gli elementi economici e giuridici del credito tornano in pace, in armonia: la società non può non risentirne un profondo sollievo.

Perchè il debitore potesse impedire questo ristoramento d'equilibrio, contrastare l'efficienza di questo principio: e gli effetti naturali del discredito, per comandare la fede e il credito, per incatenare la natura che produce la sfiducia indimonstrabile, per conservare il beneficio del credito senza la credenza, egli ha mestieri d'un diritto formale, preciso, civile. Il contratto creditorio per sè stesso non basta. Sarebbe una petizion di principio.

Il debitore deve dunque procurarsi d'altronde un così efficace diritto. E per niun'altro mezzo può procurarselo che con una apposita e distinta convenzione. E quindi la legge gli dà facoltà di proibire la prenotazione, come vedremo nel seguente §: e quindi di comandare questa credenza,

di costringere il creditore a correre la sua fede, a sottomettersi al suo arbitrio, a fidarsi nella sua onestà, ad associarsi alla sua fortuna.

Molte altre e gravi obbiezioni furono fatte alla prenotazione, che noi non abbiamo ancora considerate. La ragione si è che noi le crediamo attinenti alla deduzione e all'applicazione della legge, non però risguardanti la deduzione del suo principio sostanziale. Qui ci basti adunque d'aver intraveduto questo principio derivativo della legge nella sua purezza razionale migliore che per noi si potea: per poter indi discendere all'ulteriore sua deduzione.

**7.** Però nell'interesse della facile accettazione di questo principio razionale può giovare che si vincano due gravi ostacoli, che si sogliono opporre all'introduzione di qualsiasi principio legislativo; e consistono, l'uno nella novità stessa apparente o reale del principio medesimo, l'altro nella forza ripulsiva della contraria tradizione.

Comunemente si ritiene che la legge testè esaminata sia una legge nuova ed eccezionale. Questo è ciò che abbiamo disdetto coll'interpretazione del § 453 del Codice civile vigente, e coll'allegazione delle anteriori pratiche del sistema tavolare. E abbiamo pure dimostro come ella non sia punto eccezionale nel nostro Diritto civile, perchè suppone un principio che è commune a tutta la materia delle cauzioni; solo diversifichi nell'applicazione pratica del medesimo circa la prova del sentimento subbiettivo della successiva sfiducia.

La prenotazione si può dire veramente un metodo imaginato negli ultimi tempi, e disconosciuto presso gli antichi e nella maggior parte delle legislazioni moderne. Ma questa sua novità concerne piuttosto il metodo, che non il principio da cui è determinata, e alla cui attuazione è destinata. Considerata nel primo aspetto ella ha dei vantaggi così evidenti e preziosi che nessuno si è mai immaginato di sconoscerli o menomarli. Ma tutto il peso delle critiche esaminate di sopra viene a cadere sul principio che lo diciamo fondamentale: sul principio che dove non ci ha o viene a mancare il credito personale, ivi subentra il diritto alla cauzione; e che per conseguenza il creditore non è obbligato a dimostrare estrinsecamente l'obbiettività della sua sfiducia. Taluni potrebbero essere tentati ad ammettere quel principio, e ben fu per noi dimostrato nel §§ VIII, IX e nel presente; ma niegano questo suo immediato e necessario corollario. Eppure mostrammo come la natura del credito che è un sentimento subbiettivo, escluda in chichessia il diritto di costringerlo alla dimostrazione giuridica.

E tanto il principio che il corollario non possono essere peculiari affatto al Diritto austriaco, ma più o meno furono accettati in tutte le legislazioni. Vedemmo nei suddetti §§ VIII e IX come le leggi romane riconoscessero almeno quel principio nelle loro singolari disposizioni che abbiamo ivi passate in rivista. E v'ha di più. Ulpiano dice che il

Pretore costringesse il debitore a fornire il creditore d'una stipulazione espressa del suo debito indimostrato prima della sua scadenza; *et plerumque ipse Pretor, et ante diem petitionis venientem, ex causa jubere solet stipulationem interponi* (1). Questa stipulazione non sembrerebbe veramente la cauzione del fedejussore o del pegno, ma è pure una di quelle cauzioni le quali, come dissimo nel § VIII n. 2, servono a difendere contro la malafede del debitore: e costui, secondo la logica dei nostri avversarii, avria potuto sottrarvisi con dire che egli era tenuto nullapiù che alle risultanze, qualunque esse sieno, del suo contratto. Eppure al creditore si procacciava una garanzia che era estrinseca e posteriore al suo contratto. Epperciò Francesco Balduino con poca fatica generalizzava quella legge nel senso che il debitore fosse obbligato a stipulare una cauzione qualsiasi: *in omnibus bonæ fidei judiciis cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnationem fieri* (2). E questa interpretazione è accreditata da quel detto di Paolo: PRÆTORIÆ STIPULATIONES *sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris* (cioè del creditore) *cautum esse desiit* (3). Il nostro principio non potea essere più nettamente formulato: aver diritto il creditore alla stipulazione pretoria quando senza sua colpa *cautum esse desiit*. Gli antichi non potevano rettamente ed estesamente applicare quel principio, perchè appena abozzarono l'ipoteca, che è la più importante delle sue forme. Pure l'applicarono fin dove poterono, con quelle loro ipoteche generali, promesse o sottintese in qualsivoglia istromento o decisione di arbitri o di giudici: le quali, se facciamo astrazione dall'occultezza e generalità loro, erano giustificate da questo bisogno urgente e immanente di garantire la dubbia fede dei privati commercii (4).

Ed oltre queste ipoteche tacite v'avea anche il pegno pretorio, l'odierno sequestro, che si concedeva facilmente per qualunque specie di crediti, e bastava, come scrisse Mercuriale Merlino, *summaria, simplex ac semiplena causæ cognitio* (5).

E non solo nei paesi retti dal Diritto comune, ma a Venezia, così gelosa dell'indipendenza del suo statuto, la notifica dei contratti nel libro pubblico attribuiva la realità ipotecaria, senza che il creditore avesse bisogno d'alcuna speciale facoltà del debitore (6). Nè secondo il Codice vigente nel Canton Ticino il creditore per ottenere l'inscrizione ipotecaria ha bisogno d'un apposito titolo ipotecario, bastandogli il creditorio (7). La stessa facoltà era data nella legge francese del messidoro

(1) Leg. 12. in fine. Dig. *qui satisdare cogantur*.

(2) Balduin, *de pignor*. cap. 11. in med.

(3) Leg. 4. Dig. *de prætor stipulation*.

(4) In alcuni statuti, tra gli altri in quello di Firenze, inducevasi l'ipoteca generale anche per le partite di credito estratte dai libri dei negozianti. Socino, *consil*. 240. vol. 2. Neguzant. *de pignor*. par. 5. mem. 2. n. 47

(5) M. Merlin, *de pignor*. lib. 1. lit. 5. quæ. 21. num. 5.

(6) Introduzione num. XII.

(7) Introduzione, num XXVII

anno terzo, solo richiedendosi che il titolo creditorio fosse autentico. La legge austriaca procede più cauta, perchè richiede il temperamento dell'autorità giudiziaria, e appone delle savie limitazioni, come vedremo nel § seguente.

Anche in Svezia la prenotazione è praticata come s' usa da noi: e vi è disconosciuta l'ipoteca col titolo convenzionale, come pur dissimo nell'Introduzione (1). Solo in Baviera (2) e in Grecia (3), ove fu pure adottata la prenotazione si richiede un titolo ipotecario espresso.

E lo stesso nostro principio nel suo immediato corollario fu pure fortemente adombrato nell'ipoteca giudiziale antica e moderna di Piemonte (4) e di Francia (5), per i crediti semplicemente chirografarii, efficace sia dal giorno della condanna al pagamento, sia dal giorno in cui fosse stata semplicemente riconosciuta in giudizio la firma del chirografo. Era questa una conseguenza immediata del principio che ogni credito arrecasse il diritto alla cauzione; perchè il credito dovea essere in modo autentico accertato per accertare insieme la vera data dell'ipoteca. Non si aveva riguardo alla circostanza che il credito non fosse per anco esigibile (6).

Il Codice Napoleone nell' art. 2123 conservolla (7), fino a che colla legge, 3 settembre 1807 diè ragione alle rimostranze di coloro che volevano che il debitore non fosse obbligato che a quanto si fosse colle parole obbligato; ossia l'ipoteca giudiziale fu limitata solo ai crediti scaduti (8): e si lasciò quindi al debitore la facoltà di tramare la rovina del creditore sotto il pretesto della fede letterale del contratto.

E prima di chiudere ci è grato di riferire il giudizio favorevole che l' egregio avvocato Giambattista Pagani facea della prenotazione.» Giudicandola, egli disse, spogli da prevenzioni e col paragone del sistema passato italiano delle ipoteche giudiziali, noi riscontrammo nell' attuale alcuni pregi. Tali sarebbero a parer nostro, l'astringere gli uomini a mantenere il convenuto, con che vi si abituano; prevenire le liti; tenere in vigilanza debitori e creditori; rattenere il mutuatario dalle imprese avventate e di malafede; facilitare infine il giro dei capitali nei chirografi muniti del retroguardo della prenotazione (9). »

(1) num. XXVIII.

(2) Legge 1. giugno 1822, art. 30.

(3) Legge 25 agosto 1836, art. 25.

(4) *Reg. Constitut.* lib. 3. tit. 25. § 18. Fabro, in Cod. lib. 8. tit. 7. def. 8. Thesaur. *quæst. for.* lib. 1. quæ. 85. n. 1 Richeri. *jurisprud.* vol. 9. §§ 1476, 1513. vol. 12. § 784.

(5) Merlin, *Repert.* v *hypotheques.* sect. 1. § 4 num. 3.

(6) Grenier, *hypoth.* num. 198.

(7) E il Codice di proc. fran. art. 193.

(8) Grenier, *ibidem.* Persil. *Régime hyp.* art. 2123, num. 6. Tropleng, *des priv. et hyp.* n. 443. Questa stessa ipoteca giudiziale per le sentenze o le ricognizioni delle private scritture fatte in giudizio fu conservata efficace sui beni presenti e futuri, ma solo dopo la scadenza del debito, nel Cod. delle due Sicilie art. 2009, nel Decreto italico 12 dicembre 1812, art. 8, nel Codice parmense art. 2177, nel Codice albertino, art. 2177-2183 e 2217, nel Regol. legisl. gregoriano art. 121

(9) Articolo inserito nella Gazzetta dei Trib. di Milano, an. 1. 1851. n. 76.

## § XXXI.

Sono qualificati ad ottenere la prenotazione tutti quei documenti, ai quali le leggi veglianti attribuiscono la forza di piena ovvero di semipiena prova in confronto dell' asserito debitore, quantunque contengano il titolo di un credito semplicemente personale, e non siavi nè promessa, nè stipulata veruna ipoteca. A questa classe appartengono anche i conti legalizzati estratti dai libri dei negozianti o professionisti, in quanto fanno semipiena prova a termini delle prescrizioni del Regolamento giudiziario; come pure le sentenze definitive, benchè non ancora passate in giudicato. Al contrario non sono qualificati ad ottenere la prenotazione i documenti mancanti delle suddette qualità, come sarebbero, per esempio, articoli probatorii, attestati di persone private, offerte o formole di giuramenti; sentenze interlocutorie; sentenze definitive condizionate alla prestazione d'un giuramento decisorio, suppletorio od estimatorio; atti di perizia. Anche il documento nel quale il debitore ha proibita espressamente la prenotazione rimane escluso dalla medesima fino alla scadenza del termine stabilito al pagamento.

§ 6 *della Notificazione govern. lombardo-veneta* 28 *e* 27 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. L' ufficio del giudice nel concedere la prenotazione è sempre dichiarativo.
2. Deduzione pratica dal principio generale delle prenotazioni. Della forma estrinseca del titolo creditorio: la quale costituisce una prima limitazione a quel principio generale.
3. Seconda limitazione: la prenotazione non si concede per alcuni crediti eventuali incerti sia che appajano, sia che non appajano formulati nel documento esibito.
4. Esame dei giudicati in proposito.
5. Ragione che informa questa seconda limitazione: non si concede la prenotazione quando il credito esige l' indagine d' un regolare giudizio.
6. Corollario di questa limitazione in riguardo alla prenotazione chiesta dal conduttore d' uno stabile per la manutenzione del contratto.
7. Terza limitazione: quando il creditore è altrimenti guarentito o dal pegno legale del locatore, o dal pegno e dall' ipoteca convenzionale.
8. Altro corollario della seconda limitazione: le cambiati non scadute non sarebbero prenotabili.

9. Quarta limitazione: in riguardo ai crediti non scaduti derivanti da titolo gratuito.
10. Quinta limitazione: la prenotazione non si concede quando fu espressamente proibita per patto.
11. Se la prenotazione si conceda, salve le limitazioni precedenti, anche per corroborare un titolo convenzionale imperfetto, o un titolo speciale della legge.
12. Sesta limitazione: non si concede quando la inscrizione ordinaria non saria valida.
13. Ultimo corollario: se la prenotazione chiesta dia diritto al debitore di pagare il debito non iscaduto.

**1.** Rinvenuto avendosi nel superiore § il principio generale che comprende tutti i casi possibili in cui si può chiedere ed ottenere la prenotazione per qualunque credito, che anche non fosse originariamente provveduto di un suo titolo ipotecario apposito, ci troviamo ora in grado di determinare tutte le specie dei casi ne' quali il giudice è autorizzato a concedere quel provvedimento, ed a stabilire le norme che sono particolari a ciascuna specie distinta.

Imperocchè egli può essere richiesto della prenotazione o per un credito provveduto d'un suo titolo speciale, o per un credito affatto personale che si vuole assicurare col titolo generale fornito dal § 453 del Codice civile vigente.

Un credito può essere provveduto d'un titolo convenzionale, ovvero d'un titolo legale o giudiziale. Il convenzionale può aver bisogno d'essere confermato dal giudice per alcuna sua mancanza nelle formalità estrinseche. Il legale e giudiziale abbisogna in ogni caso d'una forma apposita ed acconcia all'iscrizione.

L'ufficio del giudice a riguardo della prenotazione è però sempre *dichiarativo*, e non mai *attributivo* dell'ipoteca: perchè egli si limita a constatare la esistenza d'un *titolo* che è o speciale ad un dato affare, o generale per un principio superiore di legge: analogamente a ciò che scrisse Neguzanzio: *quia tali casu judex non intendit dare pignus de novo, sed potius datum confirmare et implere seu exequi.* (1)

Veniamo ad osservare partitamente queste categorie.

**2.** Facendo per ora astrazione dal caso in cui ci fosse un'espresso titolo volontario o necessario, l'ipoteca si concede dal giudice per quel principio generale che abbiamo rinvenuto nel § VIII e nel § precedente (n. 6), quando cioè il creditore la domandi giustificando la verità del proprio credito. Questa giustificazione costituisce una prima limitazione pratica al suddetto principio nel caso che il creditore non la facesse. Egli la può fare in due maniere distinte: in modo sommario e provvisorio nell'atto che domanda la prenotazione. Lo dimostra poi con

(1) Neguzanl. *de pignor.* par. 4. n. 26

tutte le formalità solite dei giudizii nella causa di conferma di cui diremo coi seguenti § XL e XLI.

Egli è necessario, per determinare il giudice a concedere la prenotazione col primo decreto, che il credito che si vuole ipotecare appaja direttamente da un qualche documento in modo di facile percezione. Imperocchè se altrimenti il giudice accordasse prenotazioni a chiunque le richiedesse, senza accertarsi almeno con una probabilità urgente che il credito che si vuole assicurare non sia fittizio, accadrebbe che infinite molestie si arrecherebbero dai maligni contro i proprietarj, i quali sarebbero continuamente esposti a prenotazioni insussistenti, e costretti a procurarsene la cancellazione con gravi spese ed incommodi.

E difatti il § 6 della Notificazione 28 aprile 1824, che presta materia al presente nostro §, consacra bensì il principio generale del § 453 del Codice civile facendo prenotabile qualunque credito; ma introdusse nello stesso tempo questa modificazione pratica, distinguendo quei crediti che sono provveduti da documenti, ai quali le leggi veglianti attribuiscono la forza di piena e di semipiena prova in confronto dell'asserito debitore, dagli altri crediti che non fossero provveduti d'un documento di così fatta efficacia probatoria. Ai primi conserva intatto il beneficio che la legge accorda in genere ai crediti tutti: ai secondi lo niega; non perchè costituiscano una specie distinta di crediti che si vogliano esclusi, ma perchè non essendo provati, gli è lo stesso come non fossero veri.

Nella prima specie di documenti che hanno la forza di piena o di semipiena prova si comprendono quelle scritture che meritano la pubblica fede, come dissimo sotto il § XXI., o le scritture private munite dei requisiti de' §§ 171-182 del Regolamento del processo civile: cioè quei titoli di debito che fossero scritti di tutto pugno e firmati dal debitore, o semplicemente da esso lui firmati e sottoscritti anche da due testimonii irrefragabili (1).

Lo stesso § 6 della Notificazione in discorso annovera fra questi documenti meritevoli di prenotazione anche i conti legalizzati estratti dai libri de'negozianti (2), o professionisti, in quanto fanno semipiena prova a termini delle prescrizioni del Regolamento giudiziario (§§ 178-182). In questo riguardo è degna d'attenzione la dispositiva dei §§ 179 e 181 che limitano l'efficacia di prova semipiena ai libri dei negozianti e degli artisti per la sola durata d'un anno e sei mesi dalla data del credito.

Lo stesso nostro § comprende in questa classe di documenti le sentenze definitive, benchè non ancora passate in giudicato. Un giudicato non definitivo non si può ritenere *pro veritate*, ma ha seco molta probabilità

(1) § 172, Reg. giud. Nippel, *Comento* al § 453, n. 2. Cod. civ. Mattei, Cod. civ. vol. 2. pag. 555, n. 1-3.

(2) Accordata la prenotazione sopra un conto, in cui poteva esser dubbio che il debitore fosse un semplice commissionario, ma di ciò non costava apertamente. Decreto 6 febbrajo 1834 della Prot. di Bellano. Decreto 16 marzo 1835 dell'Appello lombardo: Gazz. de' Trib. di Milano an IV. 1854. n. 54-55.

di vero. Il giudice non potria senza disdire all'autorità de'giudizii dubitare della molta probabilità d'un credito, la cui esistenza fu ventilata in confronto del debitore, ed appare provato agli occhi suoi proprii o d'un altro giudice suo pari.

Per il che valga l'esempio dei paesi ove si pratica l'ipoteca giudiziale. Per l'articolo 2194 del Codice di Parma le ipoteche giudiziali che derivano da sentenza possono essere notificate dal momento in cui la sentenza stessa fu pronunciata, sebbene questa sia tuttora soggetta ad opposizione o appello.

Questa disposizione fu trasportata nell'articolo 2248 del Codice Albertino: ed è meglio spiegata negli articoli 146, 147 e 148 del regolamento legislativo gregoriano.

Non sono sufficienti ad ottenere la prenotazione i documenti mancanti di quella virtù dimostrativa: come sarebbero per esempio gli articoli probatorii, gli attestati di persone private, gli atti di perizia, le offerte e le formule di giuramenti, le sentenze interlocutorie, le sentenze definitive condizionate alla prestazione d'un giuramento decisorio, suppletorio ed estimatorio: come fu giudicato nella causa Beri e Cavieri in prima istanza col decreto 17 luglio 1854 n. 3755, e in Appello col decreto 26 agosto 1854, n. 13391 (1).

Tale è la disposizione del succitato §, al quale è conforme in ciò l'antico decreto 21 luglio 1797 (2). E di vero questi documenti non hanno ancora una forma precisa o presuntiva della verità d'un credito: le deposizioni di testimonii o periti non sono ancora prove precise, perchè nella totalità degli elementi d'un giudizio possono tornare inconcludenti od elisi da contrarie considerazioni.

Un credito comprovato da un protocollo giudiziale eretto sopra un testamento noncupativo, sebbene non sieno stati uditi con giuramento i testimonii, fu giudicato idoneo alla prenotazione da due sentenze conformi, di prima istanza l'una in data 14 maggio 1851, e di terza istanza l'altra del 20 luglio 1852 (3), perchè secondo parve anche a Mattei, l'omissione di quella pratica non toglie che il protocollo non sia un pubblico documento (4).

Al contrario fu ritenuto non essere abbastanza provata la sussistenza d'un credito verso l'eredità, perchè l'erede ne avesse fatto menzione nell'inventario giudiziale; poichè quella confessione non era stata fatta in confronto del creditore, ma solo in sede di volontaria giurisdizione, e non con esplicita cognizione di causa, ma solo per cautela; quindi fu diniegata la prenotazione dall'Appello con decreto 8 marzo 1853 (5). E diffatti

(1) Beretta, *Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia*. an. VIII. 1855. n. 2. 3. pag. 48.

(2) Collezione delle leggi giudiz. num 360. Nippel al § 455, n. 2. Cod. civ. aust.

(3) Beretta, *Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia*, an. 1855, n. 6. pag. 95.

(4) Mattei. Codice civ. tom. 2. pag. 555, num. 5.

(5) Beretta, *Giorn. di giurispr. prat.* an. 1855, pag. 291. Mattei, Cod. civ. tom 2 pag. 556. n. 8.

a sensi del § 166 del Regolamento giudiziario la confessione stragiudiziale non fa prova se non fu fatta a persona della quale il confesso sapea che avea interesse a risapere la verità.

È conseguenza dello stesso principio, che non si può accordare la prenotazione per l'eventuale risarcimento dovuto alla parte danneggiata, quando l'obbligo del risarcimento non è ancora constatato dalla prova della reità nel preteso danneggiante, ma a carico di questi venne soltanto aperta l'inquisizione presso il tribunal criminale: così fu giudicato dall'Appello veneto col decreto 10 giugno 1843 confermato dall'aulico decreto 19 luglio successivo (1): ed in altra causa dallo stesso Appello col decreto 23 giugno 1843, confermato dal Senato col decreto 3 settembre 1843 (2), nella quale annullavasi una prenotazione conceduta in prima istanza alla I. R. Direzione del lotto veneto a pregiudizio di Vincenzo Beni, ad a cauzione della somma di austriache lire 180,000, che per titolo di risarcimento di danno per abuso d'ufficio avrebbe dovuto essere pagata dal medesimo, contro del quale erasi pur allora aperta l'inquisizione criminale per la constatazione di quel reato. Ritenevasi dai tribunali superiori, e con tutta ragione, che la nota comunicata dal tribunal criminale, colla quale accertavasi che si era aperta l'inquisizione per quel titolo, non costituiva ancora quel documento che facesse piena o semipiena *prova del credito* che si voleva prenotato: poichè provava bensì che si apriva una inquisizione di reato: ma non provava che il reato fosse stato commesso, e che dal reato discendesse nell'accusato l'obbligo del risarcimento. Allegavasi dall'I. R. Fisco nel suo ricorso revisionale che, siccome l'inquisizione speciale non si apre se non siasi raccolta la prova del fatto in genere, e se non concorrano a carico dell'inquisito gli indizii voluti dalla legge, e questi indizii in ultima analisi equivalgono a cominciamento di prova del reato, così si dovesse per essa, come per le sentenze definitive non ancora passate in giudicato, concedere la prenotazione. Ma l'equivoco di questa argomentazione era palmare. Posciachè la sentenza del giudice in materia civile, sebbene non ancora passata in giudicato, suppone una previa e piena cognizione della causa del debito: la decisione del giudice criminale che dichiara aperta l'inquisizione non istabilisce anche nella mente stessa di chi la pronuncia che una certa qual probabilità del reato, constatato il quale, regolarmente può divenir causa dell'obbligo del risarcimento. Nell'una abbiamo una persuasione diretta della verità del debito, nell'altra una semplice conghiettura sulla possibilità del medesimo: e se v'ha questa distanza, non si può certo applicare a questa seconda specie di decisione la stessa forza probatoria e l'efficacia giuridica che si attribuisce alla prima.

(1) Giordani, Reg. giud. tom. 2. pag. 545. Mattei, Appendice 2, n. 1. § 6, al capitolo del Dir. di pegno. Codice civ. aust. vol. 3. pag. 549.

(2) Beretta, *giorn. di giurispr. prat. di Venezia* an. VIII. 1855, num, 2. e 3.

Così fu pure giudicato in un caso analogo da un tribunale di prima istanza con decreto 7 aprile 1853 n. 6715, confermato in appello il successivo 3 maggio (1).

Occorre quindi che la causa del danno sia constatata da sentenza o da altro documento legittimo, sebbene la somma del danno non fosse ancora liquidata, potendosi approssimativamente valutare dal danneggiato nella stessa istanza di prenotazione, come si ha nei decreti 22 luglio 1848 n. 22193 d'un tribunale di prima istanza, e 16 novembre successivo, n. 5467, del tribunale d'appello, che per altri punti ivi decisi veniamo ad esaminare in appresso (2).

**3.** La seconda limitazione pratica al principio deduttivo delle prenotazioni risulta dalle seguenti ricerche. Un titolo creditorio può contenere una concessione espressa d'un debito presente e certo: e in questo caso, quando il titolo stesso sia sufficientemente provante, non ci ha dubbio che la prenotazione si debba concedere.

Un titolo creditorio può contenere una concessione espressa d'un debito futuro e certo, cioè a lontana scadenza, o d'un debito futuro e incerto, che sia cioè sottoposto all'evenienza d'una data condizione.

In questo secondo caso dovrebbe sembrare a prima vista che la prenotazione si debba concedere; perchè in tesi generale sono suscettibili d'ipoteca tutti i crediti presenti e i futuri *in diem*, cioè quelli che esistono attualmente, ma solo si possono ripetere in un tempo futuro. Sono pure capaci d'ipoteca i crediti futuri eventuali, cioè quelli che dipendono da una condizione, da un fatto o da un omissione, il cui avvenimento non è oggidì accertabile. E questa tesi generale fu per noi dimostrata e accertata nel § VI del Capo primo.

Se quest'ordine di crediti sono ipotecabili mediante il consenso del debitore, dovrebbero essere cautati colla prenotazione; perchè concedendosi questa per tutti i crediti, nella nozione di credito vengono pure i crediti futuri e i condizionali. Il § 453 del Codice civile e la legge declaratoria del 28 aprile 1824 non distinsero credito da credito. Anzi nel § 4 lett. C. di questa ultima legge apertamente si suppone la prenotabilità di questa specie di crediti, dicendovisi che l'istanza della prenotazione debba contenere — l'indicazione del credito capitale da assicurarsi come sta già espresso nel titolo ossia documento, ovvero come viene valutato dal prenotante *relativamente alle prestazioni annuali, o ai* DIRITTI EVENTUALI *nei casi in cui la valutazione sia prescritta: come pure l'importo degli accessorii di questi capitali,* ED IL TEMPO IN CUI SONO ESIGIBILI I CAPITALI *e gli accessorii stessi.*

Dovressimo dunque ritenere che anche ai crediti futuri ed eventuali il

(1) Beretta, *Giorn. di Giurispr. pratica* an. 6, 1855, num. 20.

(2) Beretta d. Giornale, an. 3, 1850 n. 9. 10.

beneficio del § 453 si estenda; perciocchè la natura di tutti questi crediti è identica, e la differenza del tempo o della condizione parrebbe includente in questo che la vera essenza dell'obbligazione viene posta sufficientemente nell'atto che ha una causa giuridica nel consenso dei contraenti, e nel momento che questa causa è dedotta in una formale convenzione. Noi abbiamo pur veduto nel succitato § VI in quante guise funzioni la legge naturale del credito: sia che il debitore riceva una data somma o facoltà economica, sia che gli si attribuisca una facoltà giuridica, della quale potendo egli abusare, è pur mestieri che l'accresciuta sua libertà sia nell'interesse del creditore delimitata in proporzione.

Del resto se noi esaminiamo tutta la deduzione pratica che la legge stessa e le giudicature fecero del nostro principio, vedremo agevolmente quanto degni di considerazione furono mai sempre reputati questi crediti. Abbiamo veduto nel § VIII come la legge concedesse il titolo di cauzione ai creditori ereditarj ed ai legatarii; al debitore per la eventuale sua indennità nel caso che lo smarrito documento si trovasse e si facesse valere per un secondo pagamento: al vicino per la temuta e quindi eventuale rovina dell'edifizio contiguo; per le indennità di chi fu privato del possesso in un giudizio possessorio; per la sicurezza dei minori contro le eventualità della mala amministrazione del tutore o del curatore; per una simile eventualità contro l'usufruttuario; contro la maggioranza dei consorti pei danni contingibili da una presa deliberazione; in prò del fidejussore per l'eventuale regresso. In tutti questi e in altri casi tutto il sistema cauzionale della legge è ordito nell'interesse di crediti essenzialmente futuri ed eventuali.

Ben è vero che in questo sistema si richiede una dimostrazione del fatto della sfiducia e del discredito; ma vedemmo pure come nella legge della prenotazione si abbandonasse quella formalità, e si lasciasse giudice il creditore dell'obbiettività della propria opinione e del proprio sentimento. Quella è dunque piuttosto una modalità di esecuzione pratica, che non una limitazione del principio generico delle cauzioni. A noi basti di constatarlo: la legge ha concesso il titolo cauzionale a qualsiasi credito futuro ed eventuale.

Ed anche la giurisprudenza dei giudicati ha pure indubbiamente stabilito che la prenotazione si debba concedere per i crediti non ancora *scaduti*, come vediamo in molte delle sentenze allegate in questo §. E i crediti non iscaduti sono futuri o *in diem*; prima della scadenza non sono efficaci giuridicamente, ma esistono e sono crediti. Lo stesso si dovrebbe dire dei crediti eventuali, non efficaci prima della purificata condizione, ma esistenti perchè provenienti da una causa giuridica.

Tuttavia quest'ultima conclusione patisce un'importante limitazione in due casi. Un compratore, per esempio del primo caso, avrebbe per legge il diritto di regresso per l'evizione: un fidejussore avrebbe il regresso per l'indennità verso il debitore. Egli è agevole il dire che se il com-

pratore e il fidejussore domandassero la prenotazione allegando il documento della compra-vendita e della fidejussione, nei quali questi eventuali diritti non fossero stati espressamente riconosciuti dal debitore o dal venditore e non ci fosse nel documento ciò che i Romani dicevano *l'expromissio*, la prenotazione non si potrebbe accordare, stante che l'obbligo da prenotarsi non deriverebbe immediatamente dal documento esibito. Il titolo di quel debito e del diritto corrispondente nascerebbe piuttosto dalla legge e da una lontana eventualità, che non da un positivo documento.

Questa sarebbe una conseguenza della prima limitazione; e può essere giustificata coll'autorità del § 483 del Codice civile, ove si suppone la presentazione d'un documento del credito mancante solo delle formalità volute per la inscrizione; può essere giustificata dal § 6 della Notificazione 28 aprile 1824, ove si concede la prenotazione soltanto per i crediti apparenti da un documento di piena o semipiena prova; e si trova pure confermata per la sovrana Risoluzione 11 ottobre 1843, la quale proibisce la prenotazione per garanzia degli interessi o di altri accessorii, quando il documento prodotto non esprimesse l'obbligo della loro prestazione (1). Da queste leggi desumiamo però la prova della superiore conclusione affermaliva, che cioè i crediti futuri, quali sono gli interessi, possono e devono essere guarentiti colla prenotazione.

Ma è assai malagevole il rispondere nel secondo caso in cui il creditore avesse tradotto in una clausola speciale del contratto la pretesa del regresso del compratore per l'evizione o dell'indennità del fedejussore. Allora si potrebbe dire che nel contratto della compravendita o della fidejussione ci ha un documento creditorio preciso e formale, e quindi meritevole di prenotazione.

La giurisprudenza de'giudicati ha con una meravigliosa concordia stabilito in proposito una conclusione negativa, e quindi una seconda limitazione al principio generale delle prenotazioni.

**4.** 1. Caso — Giulio e Girolamo aveano adita puramente e divisa l'eredità del padre Sebastiano, e nell'atto di divisione aveano stipulato una garanzia ipotecaria reciproca per la somma di lire 30 mila per il pagamento dei legati che fosse stato fatto dall'uno dei coeredi. Avvenne che dappoi si scoprì un altro testamento accettato da Gerolamo, impugnato da Giulio, nel quale la somma dei legati si sarebbe invece accresciuta fino a 200 mila lire. I legatarj vennero tutti verso Giulio con prenotazioni ad impedire che colle dilapidazioni rendesse illusorio il secondo testamento, come lo impugnava in via di diritto.

Il coerede Giulio domandò la prenotazione a carico del fratello Gi-

(1) Pubblicata colla notificazione governativa lombarda 16 ottobre 1846 e la circolare dell'Appello veneto 25 novembre 1845. Mattei Codice civ. tom. 2. pag. 580. n. 7.

rolamo per l'indennità eventuale in proporzione della quota creditaria, cui avrebbe diritto dopo il pagamento di questo legato. Concedevala col decreto 1 marzo 1853 la prima istanza, dinegavala l'Appello con decreto 30 marzo 1853 e la Corte suprema di cassazione con decisione 9 giugno 1853 (1).

Decisione ottima in questo duplice riguardo: o nell'atto divisionale fu contemplato il caso della rispettiva indennità de' coeredi per causa dei legati, e, siccome fu pattuita una mutua garanzia ipotecaria da ciascuno, così non se ne può chiedere una nuova per ciò che diremo in appresso, che cioè la prenotazione non si concede dove le parti hanno già convenuta una speciale garanzia. O nell'atto divisionale non si ebbe o non si potè avere riguardo ai legati provenienti dal posteriore testamento, e quindi al diritto eventuale di regresso dell'un coerede verso dell'altro, così questo diritto eventuale, non essendo stato espressamente riconosciuto da alcuno di essi, non può essere prenotabile; perchè nessun documento di piena o semipiena prova può constatarlo immediatamente, come dissimo nel numero precedente.

2.° Caso — Maria Sari avea interposta fidejussione per suo marito Antonio Zaco e per suo cognato Bortolo Zaco, debitori solidali verso Eugenio Gino. Alla scadenza del debito rimaneva a pagare più di metà della somma, e il marito avea fatta la cessione de' beni in giudizio ed era poscia fuggito.

Il creditore due anni dopo la scadenza del debito domandò una prenotazione a carico della moglie: e avea ottenuto anche la conferma nel giudizio di liquidità. La moglie chiese la prenotazione per l'indennità sua eventuale a carico del cognato, correo solidale. Rifiutògliela il tribunale di Bergamo con decreto 18 novembre 1853 per l'erroneo motivo che questa pretesa d'indennità non fosse azione creditoria, ossia fosse condizionata e non iscaduta. Però sollecitato dal tribunal d'Appello per maggiori dilucidazioni, soggiungeva, che i diritti eventuali sono prenotabili soltanto quando il creditore possiede *il titolo o documento del credito stesso*: che la Sari non avea documentato quell'eventuale suo diritto.

Con questo riconoscevasi nel suo vero essere la nostra prima limitazione: ma il caso proposto era specialissimo e andava risolto in senso inverso; perciocchè la richiedente avea documentato indirettamente il suo diritto creditorio eventuale, ed avea in quel caso eziandio dalla legge, pel § 1364 del Codice civile, un titolo speciale di cauzione (2). Epperciò l'Appello lombardo con decreto 22 dicembre 1853 accordava la chiesta prenotazione per queste ragioni: «considerato in massima che il fidejussore dal momento in cui presta la cauzione assume *ipso jure* il diritto di essere dal debitore rimborsato, quando egli dovesse sottostare alle conseguenze della

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 5. 1855, n. 125. 126.

(2) Vedi il nostro § VIII. n. 16.

sua fidejussione: considerato che questo diritto è certo in astratto, soggetto solo in quanto al concreto alla condizione risolutiva, che si verifichi la possibile molestia; osservato nella specialità del caso che, se in base al prodotto titolo creditorio, al creditore Gino non si è potuto denegare la prenotazione contro la Sari, per parità di ragione sarebbe non giusto di dinegare simile rimedio assicurativo alla fidejubente Sari, la quale, venendo molestata colla prenotazione suddetta dallo stesso creditore, subentrava *ipso facto* nelle ragioni utili del procedente per un credito regolarmente documentato; ecc. »

Questa motivazione non piacque alla suprema Corte di giustizia, la quale colla decisione 8 marzo 1854 confermava il decreto di prima istanza facendo osservare che l'azione, che potesse competere alla Sari a sensi del § 1364 del Codice civile, non fosse *di credito*, e non godesse perciò del favore della prenotazione. (1)

Proposizione questa che è assai dubbia, e ventileremo a suo luogo. Però acconciamente si rispondea a quell'argomento allegato nella motivazione d'Appello, che la fidejubente Sari per la prenotazione ottenuta a di lei carico dal creditore fosse come stata surrogata nel diritto che avrebbe avuto colui di chiedere la prenotazione contro il correo solidale, perchè lui, e non ella, avea pel rispettivo diritto un documento prenotabile. Non avendolo essa, non potea valersi del documento di colui. Però che la Corte di cassazione dicesse: colei non fu per anco eccitata al pagamento: e con ciò voleva dire: non altrimenti potea dirsi surrogata ne' diritti del creditore.

Ma è poi vero che il fideiussore, che ha un titolo legale espresso di cauzione nel § 1364 del Codice civile, non possa chiedere la prenotazione?

È egli vero che la prenotazione non si possa concedere se non quando ci ha un documento diretto del credito professato, e non la si debba concedere quando la prova del credito è solo indiretta? A questi postulati risponderemo in appresso.

3.° Caso. Era detto nell'istromento 1 dicembre 1830 che le venditrici si obbligavano verso il compratore alla manutenzione degli immobili alienati promettendogliene difesa in caso di lite e *risarcimento nel caso di evizione e di spoglio*. Morte le venditrici, il compratore domandò la prenotazione in confronto del curatore della eredità giacente per il prezzo d'acquisto di lire 1177 ed accessorj. Il decreto 29 luglio 1845 della prima istanza l'acconsentì, e il curatore non s'appellò. Il prenotante spiegò indi la petizione di liquidità, e alle opposizioni del curatore replicava che la prenotazione era stata accordata da un decreto oggimai passato in cosa giudicata. Anche la liquidità del credito prenotato veniva riconosciuta dalla prima istanza. L'Appello con sentenza 25 settembre 1846 giudicò non essere liquido il credito, nulla la prenotazione. La terza istanza confermò la decisione d'Appello il successivo 25 novembre 1846 (2).

(1) Gazz. de' Tribunali di Milano an. IV. 1854, n. 49.

(2) Beretta, *Giornale di Giurisp. prat.* anno 2 1847, num. 21

In questa decisione d'Appello (poichè non conosciamo i motivi del tribunal superiore), prescindendo per ora dalla tesi ivi presupposta che nel giudizio di conferma si possa trattare della legittimità del primo decreto, di che parleremo nel seguente § XLI num. 4, non appare che i motivi allegati possano fornire un qualche criterio alla quistione proposta. Avvegnachè semplicemente asseriva che a termine del § 4 della Notificazione 28 aprile 1824 (nostro § XXXIV) si potesse ammettere alla prenotazione un credito eventuale e futuro, ma certo dal presente, e non anco un credito eventuale, condizionato e quindi incerto.

4.º Caso. Marco Gheritto vendendo uno stabile ad Antonio e Serafino Cavalcanti *promise loro di tenerli sollevati ed indenni dalle ipoteche aggravanti lo stabile venduto.* Chiesero i compratori la prenotazione di quel diritto. La Pretura di . . . . . con decreto 16 dicembre 1852 n. 13364 niegavala pel motivo che quella loro pretesa non era azione di credito, ma pretesa di garanzia. L'Appello con decreto 28 dicembre successivo, la suprema Corte con decisione 15 febbrajo 1853 rigettarono il ricorso (1). Anche questa ragione è falsa nella sua soverchia generalità. Non vediamo alcuna differenza tra azione di credito e azione di garanzia. Forse che non si possono concedere prenotazioni che per diritti procedenti da *mutuo*? È solo il titolo di mutuo quello per cui si può diventar creditore, e si può usare credito ad altrui? E poi la legge non dice *azione creditoria;* ma concede la prenotazione a qualunque credito. E la differenza è enorme in proposito: perchè con dire *azione* si limita il senso della legge ai soli crediti scaduti e presenti, e si escludono i crediti futuri.

5.º Caso. Metelli e Stora prima di prendere un'appalto ottennero da Moro e Burlo che si obbligassero di guarentire con ipoteca del proprio il loro contratto d'appalto. Questi fidejussori domandarono sui beni de' debitori una prenotazione per garanzia del loro diritto di regresso in conseguenza delle ipoteche concesse. Loro fu accordata in prima istanza col decreto 14 aprile 1849 n. 5658. Gravaronsi i debitori, argomentandosi che nel contratto di fidejussione fosse esclusa tacitamente la prenotazione. L'Appello, ammettendo il ricorso, premetteva che l'obbligo de'debitori di tener sollevati i fidejussori *non s'era verificato,* e null'altro. Il Senato lombardo veneto rigettava il ricorso revisionale col decreto 3 luglio 1849, n. 2499; ma per non essere questa decisione corredata da motivi (2), resta dubbio se si sia voluto confermare il giudizio d'Appello piuttosto per l'argomento della tacita proibizione contrattuale della prenotazione, che non veramente per la disposizione dei §§ 1364 e 1365 del Codice civile; per la quale il fidejussore non ha diritto alla cauzione del regresso prima della scadenza del debito principale, o prima che si verifichi un sospetto di insolvenza. Ben è vero che questa limitazione sarebbe tolta dal principio

(1) Beretta *Giornale di Giurispr. prat.* an. 6. num. 12. Mattei, al Cod. civ. tom. 2 pag. 555, n. 9.

(2) Beretta, *giornale di giurispr. prat.* an. 4. 1851, n. 6.

generale della prenotazione, per la quale non si richiede la prova del pericolo (1): ma rimaneva a decidere, adottando la nostra prima conclusione, se cioè non sia suscettibile di prenotazione quel credito eventuale che non è un'immediata, ma un'ulteriore conseguenza del contratto stipulato nel documento esibito per la prenotazione. E sembrerebbe difatti che l'Appello avesse adottato questa precisa limitazione con dire che il diritto di regresso non s'era per anco verificato.

**5.** Da questi giudicati si raccoglie per cosa certissima che in pratica non si concede la prenotazione per due specie di crediti, condizionali futuri; per quello cioè del fidejussore ad essere tenuto sollevato ed indenne dagli effetti della prestata fidejussione, come viddimo nei casi 2, e 5; per quello del compratore o condividente per l'eventuale regresso in seguito alle molestie dell'evizione, come nei casi 1, 3 e 4.

Diciamo che non si concede per queste due specie: non diciamo che non si debba concedere per qualunque credito incerto e condizionato, comunque apparente da un documento. Prima di conchiudere in modo così generale, prudentemente il giureconsulto richiede se per quelle specie di crediti non ci fosse una qualche ragione particolare e differenziale.

Nei §§ 1364 e 1365 del Codice civile si dispone che il fidejussore avrebbe diritto alla cauzione quando, avendo prestato la fidejussione col consenso del debitore, fosse trascorsa la scadenza del debito, ovvero in genere insorgessero dei fondati sospetti dell'insolvenza o della prossima evasione del debitore. Quindi si opporrebbe al nostro assunto: s'egli è vero che pel nostro principio superiore della prenotazione non fa bisogno per ottenerla che si provi il pericolo da cui nasce il mancamento della fiducia, la disposizione di questi §§ si dovrebbe estendere a qualunque caso in cui il fidejussore asserisse di non fidarsi più nel debitore, pel quale s'interpose. Noi però vorremmo che si avvertisse, che questo rapporto creditorio tra quelle due persone è alquanto speciale, ossia può cagionare una seconda limitazione a quel nostro principio generale. Noi vogliamo avvertire a queste due diverse evenienze. O il fidejussore s'interpose senza un mandato espresso da parte del debitore, e a questo caso non alludono quei paragrafi; e prima di pagare il fidejussore non ha alcun diritto verso il debitore, col quale non ha mai contrattato. O il fidejussore si è interposto per mandato del debitore, e siamo nei casi preveduti da quei paragrafi; ed allora, siccome in riguardo al fidejussore la fidejussione è un mandato: egli avrà i diritti del mandatario. Il debitore-mandante è tenuto a indennizzarlo di qualunque danno *per sua colpa* cagionatogli o congiunto coll' adempimento del mandato (§ 1014-1364 Codice civile). Se il debitore non paga il debito alla sca-

(1) Così è anche disposto nel § 92 del succitato Decreto 4 marzo 1823 del Senato lombardo veneto.

denza è in colpa verso il mandatario fidejussore. Questi direbbe: voi abusate del contratto, per il quale voi dovevate pagare e liberarmi da ogni danno contingibile. La stessa replica opporrebbe nel caso che ci fosse pericolo d'insolvenza, o il debitore fosse in procinto di allontanarsi dagli stati ereditari, come dice il § 1365 sopracitato.

Ma si avverta ancora. Questa drammatica di eccezioni e di repliche, per essere debitamente trattata e decisa, richiede che tra il fidejussore e il debitore si sia instituito un regolare giudizio. Esse non si possono trattare nel giudizio della prenotazione, la quale si concede senza formalità alcuna di giudizio, cioè *ex primo decreto.* Quindi si vede la ragione differenziale perchè il Codice civile concede il diritto cauzionale al fidejussore e la pratica delle prenotazioni glielo nega. La legge delle prenotazioni è essenzialmente una legge di procedura: suppone, è vero, un larghissimo principio attributivo delle cauzioni: ma non tutte le cauzioni si possono realizzare con questo metodo speciale, che per essere spedito e provvisionale non può adoperarsi nei casi che richiedono d'una più alta indagine.

La diversità del decidere ripetesi tutta dalla più angusta capacità del giudizio delle prenotazioni, che non si apre alle domande di cauzione, le quali esiggono una trattazione lunga. Il giudice è autorizzato a concedere la prenotazione quando al documento esibito non vede affacciarsi qualche eccezione attendibile. Ammette i documenti che hanno efficacia di semipiena prova: ma non ammette quei documenti, che comunque col criterio legale potessero persuadere essere produttivi d'un debito: questo è però messo in dubbio da un' eccezione ovvia e valevole a tenere sospesa la persuasione. Se adunque il fidejussore esibisse la prova dell'interposta fidejussione, con ciò stesso non prova in modo ovvio e concludente che egli abbia diritto alla preventiva cauzione, perchè per istabilire ciò, bisogna allegare la colpa nel debitore, e questa non si suppone, nè leggiermente si ammette per provata.

Conchiudiamo adunque che la natura del processo delle prenotazioni impedisce la deduzione pratica e la realizzazione del superiore principio, quando la natura dei rapporti creditorii richiedesse la piena e matura indagine d' un giudizio ordinario.

Ci si opporrà: quest' indagine si potrebbe fare nel successivo giudizio di conferma. Ma rispondiamo tosto, come vedremo sotto i seguenti §§ XL e XLI, che in questo successivo giudizio non si può rinvenire sul merito del diritto alla cauzione, del titolo, della forma e regolarità del decreto che concesse la prenotazione; ma si dee trattare soltanto dell' esistenza o meno del credito pel quale si concedette la prenotazione.

La stessa limitazione si deve accogliere nel secondo caso proposto circa il diritto eventuale del compratore o del condividente per il regresso in seguito all'evizione. Io sono tenuto, direbbe il venditore, a indennizzarvi dell'evizione quando questa avesse luogo. Finchè questa non vi è inferita, voi non avete a lagnarvi di me: perchè a termini del contratto voi

non avete di presente altro diritto che *rem habere licere* (1). La legge e il mio patto espresso vi promettono che voi sarete indennizzato se veniste a patire l'evizione: ma prima d'allora voi possessore della cosa non mi potete ancora chiedere nulla: ed io in un regolare giudizio vi proverei che i vostri timori sono vane ubbie. Trattandosi di crediti eventuali farebbe mestieri almeno che voi dimostriate evidentemente che ci ha un vicino e probabile pericolo che il caso dell'evizione avvenga. Non basta il dire che voi non vi fidiate di me; qui non si tratta della mia fede, ma di un'eventualità estrinseca al mio volere: stabilite almeno il probabile pericolo di questa: ma per stabilirla fa bisogno d'un regolare giudizio, nel quale vi faccia sentire le mie ragioni in contrario.

Per il principio generale delle prenotazioni il creditore non è obbligato a dimostrare il perchè egli non si affidi più alla fede del creditore. Ma nel caso proposto non si tratta di ciò. Nel contratto di compera e vendita il venditore non è tenuto a garantire il compratore se non si fosse obbligato espressamente a ciò, o avesse promesso la libertà del fondo (2): ora per conoscere se si è verificato il pericolo di questa evizione, e quindi per conoscere la probabilità del credito stesso occorrono delle indagini, che non sarieno abbastanza accertate sulle allegazioni che facesse il creditore nel libello col quale domanda la prenotazione *ex primo decreto*.

Anche in questo caso adunque si deve accogliere quella seconda limitazione pratica.

Ma ci guarderemo, come dissimo, di estenderla a tutti i crediti eventuali ed incerti; come sembrano aver fatto nei loro ragionamenti i tribunali nelle cause che abbiamo testè esaminate.

E diffatti la prenotazione dovrebbe concedersi per altri crediti che pur fossero eventuali, cioè incerti per un'interposta condizione. E fu difatti concessa nel caso seguente.

I genitori Girolamo e Maria Z.... col chirografo 13 agosto 1853 si obbligavano di costituire in dote alla figlia Teresa e a suo marito Antonio S.... quanto la legge accorderebbe alla stessa per la successione legittima intestata, coi frutti civili del 5 per 100 sul capitale risultabile dalla data del chirografo stesso. I novelli conjugi domandarono la prenotazione sui beni immobili valutati per lire 12,571. 43, computando la dote nella somma di lire 6285, cioè incirca la metà di quella sostanza immobile, sul dato che la porzione legittima fosse della metà di tutta la sostanza. La Pretura di Conegliano l'accordava col decreto 24 febbrajo 1854 n. 1589, e l'Appello veneto col decreto del 5 successivo aprile, n. 6070 rigettava il ricorso, dicendo: « osservato che la promessa 13 agosto 1853 costituiva un titolo valido per conseguire la prenotazione nei sensi del § 6 della governativa Notificazione 27 aprile 1824; osservato che, non of-

(1) Vedi sopra, § XIII, n. 5.

(2) Vedi il § LXVI, num. 10, del Capo 2. della seguente Parte 2.

frendo il detto documento alcun preciso importo del credito dotale, si verificava il caso contemplato dal § 4 lett. C di detta Notificazione, per lasciarne la valutazione ai medesimi creditori, salvo poi nel giudizio di merito tanto di conoscere sulla validità del titolo, come del vero importo del suddetto credito dotale, ha dichiarato ecc. (1) ».

**6.** Vediamo se la prenotazione si debba concedere pei diritti futuri ed eventuali derivanti dal contratto di locazione e conduzione.

Un conduttore d'uno stabile potrebbe egli producendo la scrittura d'affitto ottenere la prenotazione per la manutenzione del suo contratto d'affitto e per sicurezza d'indennità nel caso fosse caducato innanzi tempo? La giurisprudenza dei giudicati in questo riguardo non si è fissata ancora con quella meravigliosa fermezza che viddimo nei due casi precedenti.

Dobbiamo qui distinguere i due rimedii che il conduttore ha dalla legge per ovviare alla caducità immatura del suo contratto nel caso che il locatore vendesse o lasciasse vendere esecutivamente lo stabile affittato. L'uno è di chiedere l'inscrizione ipotecaria per l'indennizzo pecuniario nell'evenienza di quel secondo caso, l'altro è di chiedere l'inscrizione a sensi della Notificazione governativa 29 maggio 1841 (2) allo scopo di conservarsi effettivamente nel godimento del fondo in confronto del compratore per vendita privata o giudiziale non esecutiva. L'iscrizione della prima specie può prendersi nei modi ordinarii, come quella che tende ad assicurare un credito, comunque futuro e condizionato all'incerto evento della vendita. E comunque siffatto credito fosse eventuale e condizionato, ancor prima che la condizione si verificasse fu stimata meritevole della prenotazione: come fu giudicato col decreto 27 maggio 1841, n. 18800 del tribunale civile di Venezia confermato dall'aulico decreto 24 agosto successivo, n. 2307 (3). E l'ottenne pure Domenico Librini conduttore contro i conjugi Bozzi coi decreti 16 settembre 1851 n. 3122 di prima istanza, e 2 dicembre 1851 n. 11513 di terza istanza (4).

Ma non si sarebbe potuto agevolmente conciliare queste decisioni colle altre parecchie e uniformi che abbiamo esaminate in riguardo al credito dell'eventuale regresso del fidejussore e del compratore. Nell'uno e nell'altro caso troviamo una grandissima analogia, e in ambedue si possono allegare le identiche ragioni per condursi ad una conclusione negativa. Se non che queste ultime decisioni erano determinate dalla special legge che menzionammo colla Notificazione 29 maggio 1841, nella quale si disse che « l'inscrizione del contratto di locazione e del pagamento anticipato della mercede nei libri pubblici (tavolari) contemplata

(1) Eco de' Trib. 1854, n. 196. Gazz. de' Trib. an. 4. 1854. n. 142.

(2) Arrecante la sovrana Patente 25 marzo dello stesso anno.

(3) Giordani, *illustraz. al Regolam. giud.* ediz. 2. tom. 2. pag. 555. Mattei, *Codice civ.* tom. 2. pag. 549. n. 2

(4) Gazzetta dei Tribunali di Milano anno 2. 1852, num. 72.

dai §§ 1095 e 1102 del Codice civile può nel Regno lombardo veneto farsi nei registri ordinarj delle ipoteche cogli effetti stabiliti nei §§ 1095, 1102, 1120 e 1121 del Codice medesimo ».

Quindi affrettatamente si conchiuse che la prenotazione si dovesse concedere: ma questa concessione fu limitata al solo fondo affittato: come si ha nei decreti 23 gennajo 1852, n. 727 di prima istanza e 26 febbrajo successivo, n. 2027 dell'Appello lombardo (1). E prima ancora era stata concessa solamente sul fondo locato col decreto d'Appello 27 novembre 1850, confermato in terza istanza col decreto 24 dicembre dello stesso anno. In questo ultimo decreto d'Appello leggevasi: « osservato che se poteva concedersi al Delara la prenotazione (contro la locatrice Rabbi) per l'assicurazione del contratto d'affitto, perchè la governativa Notificazione 29 maggio 1841 da lui invocata espressamente acconsente al conduttore l'inscrizione nei registri ipotecarj per gli effetti dei §§ 1095 e 1121 del Codice civile; e se anche non poteva contendersi al conduttore la valutazione del diritto eventuale di indennizzazione, che a termini del citato § 1121 gli rimarrebbe salvo e con poziorità nel caso ivi contemplato di vendita forzosa; non però, e per *l'indole, e per gli effetti del provvedimento,* la prenotazione poteva estendersi ad altri fondi fuori di quelli della locazione, mentre su questi unicamente può fondarsi il reale diritto del conduttore colle giuridiche conseguenze del ridetto § 1121 (2). » Questa limitata concessione non derivava dunque dal principio generale della prenotazione; perchè non attribuivasi quella larga ed efficace cauzione, che per questa senza restrizione alcuna si ottiene. Contuttociò, se il fondo locato per la gravezza delle anteriori ipoteche non fosse sufficiente alla indennità del conduttore, cosa significa questa speciale provvidenza? La legge delle prenotazioni non si limita ad alcun determinato stabile. Ella concede una cauzione: quindi una cauzione efficace. O la si vuole o non la si vuol concedere: se si vuole, devesi concedere in modo che arrechi una completa sicurezza: se non si vuole, non devesi nemmeno concedere sul fondo locato.

Dobbiamo dunque cercare se per quest'ultima legge arrecavasi alcuna modificazione al principio deduttivo della prenotazione; e se per questo principio quel diritto eventuale fosse prenotabile. Ambedue queste ricerche furono ventilate nel seguente giudizio, ove trattavasi non della prenotazione del diritto creditorio d'indennità pecuniaria, ma del diritto di manutenzione del contratto d'affitto: del quale domandiamo in terzo luogo, se sia pur esso suscettibile di prenotazione.

Che sia suscettibile d'un'ordinaria iscrizione emerge appunto dalla succitata Notificazione 29 maggio 1841, e lo dissimo altre volte (3). Che sia poi prenotabile fu giudicato in prima istanza col decreto 19 aprile, e in

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 1. 1851, n. 1 e 11.

(2) Gazzetta de' Tribunali anno 2. 1852 num. 72.

(3) Vedi sopra i §§ V, n. 10 e 11, XIII. num. 18.

terza istanza coll'aulica decisione 16 luglio 1845 n. 1925 (1); e fu pure giudicato col decreto 20 gennajo 1852 dell'Appello veneto, confermato dalla suprema Corte il successivo 26 marzo (2); ma fu diniegata dappoi col decreto 29 dicembre 1851 n. 9083 della Pretura di Caprino e col decreto 28 gennajo 1852 n. 823 dell'Appello lombardo (3). Ed era stata anche in addietro rifiutata con due altre decisioni auliche riferite da Beretta (4). E questa negativa fu caldamente sostenuta e decisa anche dappoi dalla stessa suprema Corte insieme a quella dell' altra tesi riguardante l' indennità pecuniaria, di cui dicemmo.

Il tribunal provinciale di Brescia col decreto 20 aprile 1854 avea concesso la prenotazione a un conduttore per acquistargli il diritto reale di manutenzione sullo stabile affittato. Ma l'Appello lombardo col decreto 19 maggio 1854, n. 5489, e la suprema Corte colla decisione 12 luglio 1854, n. 7281 ne ordinarono la cancellazione. Coi motivi di questi decreti si discussero le ricerche che abbiamo ora proposte. Nel decreto d' Appello dicevasi: « osservato che il beneficio della prenotazione accordato dal § 6 della Notificazione governativa 28 aprile 1824 soltanto per *azioni creditorie* contemplate dal § 453 del Codice civile universale, non può estendersi ad un titolo che non offre un'azione creditoria; osservato che nella scrittura d'affittanza 13 maggio 1844 (poscia rinnovata) non fu pattuito in favore del conduttore il diritto d'inscrizione dell'affittanza, per renderla operativa anche contro i terzi; osservato che per l'inscrizione del contratto d'affittanza nei pubblici registri ipotecarii provvide appena la sovrana Risoluzione 23 marzo 1841 *per quel conduttore, cui il contratto abilitava ad inscrivere il proprio diritto;* osservato che con tale Risoluzione sovrana non fu ampliata la precedente legge sulla prenotazione, a cui non si è nemmeno riferita: locchè avrebbe fatto ove si fosse intesa di estenderla ai contratti di locazione e conduzione mentovati nella prelodata sovrana Risoluzione; l'i. r. superiore tribunale d'appello ecc. » E nell'aulica decisione con maggior significazione aggiungevasi: « ritenuto in fatto che la sovrana Risoluzione 23 marzo 1841 fu dai supremi dicasteri provocata, non già per venire colla prenotazione in soccorso del conduttore, che non si era pattuito l'inserzione del contratto locatizio nei pubblici libri, ma unicamente onde provvedere al modo di attivare in mancanza dei libri tavolari l'inscrizione *che se ne fosse espressamente convenuta;* ritenuto che la suddetta sovrana Risoluzione nel dichiarare che siffatta inscrizione possa con legale effetto aver luogo nei libri ipotecarj, non fece cenno alcuno della prenotazione, e confermò così unicamente la fatta proposta; ritenuto pertanto che non essendosi colla surri-

(1) Giorn. di giurispr. prat. 1846. n. 7. pag. 112.

(2) Eco de' Tribunali 1852, n. 69.

(3) Giorn. di Giurispr. prat. anno 5 1852, num. 16. Gazzetta de' Trib. di Milano an. 2. 1852, num. 21.

(4) Giorn. di giurispr. prat. an. 5. 1852. n. 22.

ferita sovrana Risoluzione fatta innovazione alla Notificazione 28 aprile 1824, *che accorda la prenotazione solo per azioni creditorie*, non è lecito d'estenderne l'efficacia a' casi dalla medesima non contemplati; l'i. r. suprema Corte ecc. (1) ».

La prima tesi è posta fuor di dubbio: la legge del 1841 non pregiudica punto nè poco alla seconda tesi, se la prenotazione si debba concedere per la manutenzione e l'indennità del conduttore. E non dubiteremo nemmanco che la prenotazione non si debba accordare per il diritto reale di manutenzione: per essere evidente che il metodo della prenotazione, e le leggi relative del § 453 del Codice civile e della Notificazione 28 aprile 1824 la riservano soltanto per le pretese veramente ipotecabili: dalla classe delle quali escludemmo di sopra quel diritto all'effettivo possedimento dello stabile affittato (§ V. n. 10 e 11). Piuttosto ci rimane a considerare la seconda tesi: a vedere cioè se il diritto eventuale d'indennità dia o non dia diritto al conduttore di chiedere la prenotazione. Noi non diremo che la legge conceda la prenotazione solamente all'azione creditoria. Il § 453 del Codice civile e il § 6 della suddetta Notificazione ammettono alla prenotazione non la sola azione creditoria, ma il credito stesso. Ed è pur notorio che un credito non scaduto e futuro è pure un credito, comunque il creditore non abbia ancora l'azione d'esercitarlo e realizzarlo. E superiormente vedemmo, e tutta l'odierna pratica attesta che la prenotazione si concede pei crediti dei quali non è maturata ancora l'azione.

Come pure non vediamo che si possa sostenere la negativa con alcuna delle limitazioni superiormente stabilite. Poichè supposto il caso che il conduttore producesse il contratto d'affittanza, e più ancora che in questo contratto ci fosse l'espressa convenzione che il locatore guarentisce la manutenzione del contratto; e più ancora, come disse nel caso superiore la suprema Corte, nel caso che il locatore avesse promessa l'ipoteca, non vedressimo ancora come quelle od altre limitazioni si potessero allegare. Poichè ci ha un documento che comprova il credito, e più ancora un titolo alla cauzione ipotecaria. Dall'ispezione di quel documento si rileva tosto questo diritto eventuale; e non ci ha bisogno dell'investigazione d'un giudizio ordinario, come dicemmo nel caso del regresso del fidejussore e del compratore. Il conduttore non ha d'altronde alcuna garanzia contro gli arbitrii del locatore: quindi pel principio generale delle prenotazioni la sua indennità dev'essere assicurata. Non sembra dunque che, ammettendo questa alla prenotazione, si possa dire che la legge relativa s'estenda fuori della prestabilita sua efficienza.

Se non che, ben attentamente considerando la qualità speciale dei rapporti creditorii tra il conduttore e il locatore, può risultare che la seconda limitazione possa aver luogo, in questo che il diritto eventuale all'indennità,

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano anno 4 1854. num. 118.

e l'utilità del contratto di conduzione può essere un soggetto di gravissima e difficile quistione, da meritare una separata e approfondita indagine d'un giudizio ordinario, non diversamente da quello che vedemmo in riguardo all'azione di regresso del fidejussore e del compratore. Imperocchè coll'allegare semplicemente il contratto d'affitto non si stabilisce che il conduttore abbia a risentire un danno pel caso del suo immaturo scioglimento. Prescindiamo da ciò che diremo, che nel giudizio di conferma non si possa in questo caso e non importi di constatare il quanto di questo danno futuro, o del lucro cessante. Ma è la possibilità di queste evenienze che rimane in quistione. È il vantato credito che non ha una sufficiente e radicale dimostrazione. Il solo contratto non basta. Quante volte può avvenire che il conduttore non subisca delle gravi perdite per la di lui osservanza, anzichè per lo scioglimento? Basta stabilire questa contraria possibilità, per concludere che la allegazione del contratto non è prova nemmeno semipiena del preteso diritto eventuale; il quale può verificarsi soltanto dopo che avvenne difatto l'immatura caducità: e può allora eziandio verificarsi un utile pel conduttore.

Un'altra ragione pratica ci ha, ed è che la legge delle prenotazioni soccorre al credito nella sua pratica urgenza, non nelle remote sue eventualità e diramazioni. Ella è un provvedimento d'urgenza, non una legge che converte qualunque timore in un diritto reale. Ella conservò la distinzione preziosa tra la libertà e la proprietà; e non le volle confuse e vincolate se non nei casi che il credito personale fosse provato. Se ella si traesse a tutte le possibili conseguenze dei contratti, la proprietà del debitore rimarrebbe aggravata oltre misura: per debiti eventuali, preveduti in molte e diverse emergenze, la sua proprietà rimarrebbe aggravata il doppio e il triplo di quanto la sua libertà non si sarebbe effettivamente avvantaggiata.

Accettiamo adunque quella conclusione negativa in vista della nostra seconda limitazione pratica.

Vedremo in appresso, se ottenuto avendo il conduttore un titolo convenzionale d'ipoteca per quel credito, nol possa confermare nella sua forma e inscrivere colla prenotazione.

**7.** Dicemmo del diritto eventuale del conduttore; vediamo ora del locatore. In riguardo a costui dobbiamo stabilire una terza limitazione al principio generale delle prenotazioni: in quanto che la legge avrebbe di già provveduto all'indennità del locatore per il credito delle mercedi locatizie, mediante il pegno legale arrecato dal § 1101 del Codice civile e dalla Notificazione governativa 23 ottobre 1818 (1). Quindi si può inferire che il rimedio della prenotazione sarebbe esuberante all'indennità del lo-

(1) Del Governo lombardo; alla quale corrisponde la Notificazione governativa veneta del 30 ottobre 1818.

calore, e inutilmente vessatoria pel conduttore, e con ciò torneria inapplicabile il principio di tutte le cauzioni: essendo che il creditore non avendo bisogno di alcuna cauzione, non vi può avere diritto. La qual terza limitazione deve essere generalizzata a tutti i casi nei quali il creditore avesse in precedenza una garanzia, che per legge o per convenzione si dovesse ritenere come sufficiente, come dissimo nel § XVI. Quindi se nel titolo creditorio apparisse essersi stipulato un titolo ipotecario sopra fondi diversi da quelli sui quali si chiede la prenotazione, e in forma autentica e presentabile all'ufficio delle ipoteche, si dovrebbe congetturare che l'inscrizione stessa fosse stata presa: ed allora dovriasi diniegare la prenotazione, a meno che pur v'apparisse che il creditore si avesse espressamente riservata la facoltà di prendere altre inscrizioni. Se però questa riserva fosse stata assentita dal debitore nel solo caso che la prima ipoteca fosse insufficiente, o se in genere il creditore chiedesse la prenotazione perchè l'anteriore inscrizione fosse insufficiente alla sua garanzia, siccome bisognerebbe constatare questa insufficienza (1), e il constatarlo siccome implicherebbe una lunga indagine, così non si darebbe evasione alla domanda del creditore per la seconda limitazione che abbiamo stabilita superiormente. E a questo modo fu giudicato in tre casi differenti: in l'uno col decreto d'Appello 9 luglio 1845 confermato dal Senato lombardo veneto il 17 ottobre 1845 (2); nel secondo col decreto 12 gennajo 1853 dell'Appello veneto confermato dalla suprema Corte di giustizia colla decisione 17 febbrajo successivo (3); nel terzo col decreto 24 ottobre 1853 della Pretura di Crema confermato dalla suprema Corte colla decisione 17 gennajo 1854 (4).

Ritornando al caso speciale del locatore soggiungiamo che gli si può accordare la prenotazione per le mercedi che fossero scadute, come quelle, delle quali potendo egli esigere l'immediato pagamento, entrano nel principio comune alla materia delle prenotazioni che si concede per qualunque credito attualmente esigibile, e alla materia dell'esecuzione per la quale il creditore ha libera la scelta di esercitarla su qualunque bene del debitore (5).

Questa dottrina fu accettata nei seguenti giudicati: Ennio domandò la prenotazione per mercedi scadute e scadibili da un contratto di locazione di stabili. La concedeva una prima istanza con decreto 4 giugno 1847, ma

(1) Mattei, al Codice civ. aust. vol. 2. pag. 549. n. 3 e 4. Amati, *manuale dell' ipoteca* art. 8. pag. 44. e nel *manuale del Reg. giud.* sub. § 384, in fine, cita l'aulica decisione 21 luglio 1833 del Senato lombardo-veneto.

(2) Beretta, *giorn. di giurispr. prat.* an. 1. 1846, n. 5. pag. 76.

(3) D. giornale, anno 6. 1853, n. 9.

(4) Gazzetta de' Tribunali di Milano anno 4 1855, num. 94. E con questa teoria si può spiegare perchè sia stato giudicato che non si debba concedere la prenotazione per i crediti investiti su di una cassa di risparmio; decreto 17 ottobre 1850 di prima istanza, confermato dalla Corte suprema il 13 gennajo 1851: Beretta, *Giornale di giurispr. prat.* anno 1851, num. 237. Mattei *al Codice civ.* tom. 2. pag. 535. n. 6. Perocchè quel credito era abbastanza assicurato ne' collocamenti ipotecarii della cassa; e il creditore sarebbe in ogni caso surrogato nelle sue garanzie.

(5) Vedi il § LVI del Capo 2 della Parte 2.

limitatamente alle mercedi scadute: la niegava per le scadibili, allegando per motivo che quelle non costituiscano ancora un'azione creditoria. L'Appello con decreto 6 luglio 1847 ripudiava a ragione quel motivo, avvertendo che i crediti, sebbene futuri quanto all'azione, pur sono prenotabili: e quindi concedeva la prenotazione senza limitazione alcuna. Ricorreva in revisione il conduttore acconciamente mostrando come non si dovesse concedere la prenotazione per le mercedi future, perchè già guarentite dal pegno legale, e come lo stesso Senato lombardo veneto con decisione 22 settembre 1837 avesse pure diniegata la prenotazione per un simile credito. E il Senato colla decisione 16 agosto 1847 persisteva in questo diniego (1). Fu giudicato ugualmente in un altro caso identico dall'Appello lombardo con decreto 26 febbrajo 1852, e dalla suprema Corte di giustizia con decisione 4 giugno 1852 (2); e un'altra volta dal tribunale di Bergamo con decreto 11 gennajo 1854, confermato dal decreto 9 febbrajo 1854 dell'Appello lombardo (3).

Per questa medesima limitazione crediamo di spiegare il caso seguente, nel quale fu diniegata la prenotazione al legittimario per garanzia della porzione legittima, almeno finchè i beni ereditarj non fossero stati liberati dal vincolo della comunione mediante la divisione e gli assegni degli stabili fatti agli eredi della disponibile, e la loro assunzione del pagamento della legittima in danaro: decreto 16 marzo 1854 dell'Appello lombardo, confermato in cassazione colla decisione 10 maggio 1854, in riforma del decreto 6 febbrajo 1854 della Pretura di Desio (4). La ragione è evidente: il diritto del legittimario è quello d'un coerede, d'un socio, d'un comproprietario: è quindi reale: perciò è più efficace dell'ipotecario. Non merita dunque una cauzione oltre il bisogno e minore del bisogno.

8. Nella varietà dei rapporti creditorii ci ha la specie distinta del credito cambiario. Alcuni nostri giureconsulti protestarono altamente che fosse meritevole di prenotazione una cambiale prima della sua scadenza: e le loro rimostranze furono assecondate nella causa Giuseppe Focile contro Carlotta e Maria Cervo, nella quale si diniegò la chiesta prenotazione col decreto altergato all'istanza 26 aprile 1853 num. 13038 dell'i. r. tribunale di . . . . , confermato in Appello con decreto 11 maggio successivo, num. 8971 (5).

Ma quasi contemporaneamente i tribunali manifestarono una contraria opinione. Nel successivo 19 maggio 1853 col decreto num. 6124 (6) il tribunale d'Appello pronunciò doversi per tal titolo concedere la prenotazione: e questa decisione fu confermata dalla suprema Corte di giusti-

(1) Berolla, *giorn. di giurispr. prat.* an. 2. 1847, n. 21.

(2) Gazzetta de' Tribunali di Milano, anno 2. 1852, n. 72.

(3) Sudd. Gazzetta anno 4. 1854, n. 45.

(4) Sudd. Gazzetta anno V. 1854. num. 72. 73.

(5) Berolla, *Giorn. Giurisprud. prat. di Venezia* anno 6. 1853, n. 11. pag. 211.

(6) Gazzetta de' Trib. di Milano, anno 3. 1853, n. 81 e 82.

zia il giorno 8 luglio dello stesso anno num. 6870 (1), la quale non facea altro che persistere nella stessa opinione manifestata nelle sue decisioni precedenti, l'una del 3 giugno 1852 n. 5379 riformatrice di due giudicati del giudizio distrettuale di Stockerau (dec. 24 marzo 1852, n. 1304), e dell'Appello dell'Austria inferiore (decreto 4 maggio 1852, n. 2509); l'altra del 24 marzo 1853, num. 2503, riformatrice parimenti di due giudicati conformi di tribunali tedeschi (2): una terza in data 15 giugno 1853 num. 7291. Le quali decisioni se sembrarono più ragionevoli al sig. Avv. Mattei (3), furono però con grave contenzion d'animo impugnate da altri.

Coloro che niegano la prenotabilità adducono o possono addurre per la loro parte: racchiudere la cambiale un'obbligazione *sui generis*; il diritto che la regola essere specialissimo ed aver nulla di comune col diritto civile ordinario; il documento che la esprime esser piuttosto danaro effettivo, che non un chirografo; fuori del diritto cambiario valere nel diritto comune solo in quanto la lettera di cambio abbia i requisiti d'un chirografo ordinario; ma finchè conservano quella virtù privilegiata non potere regolarsi colle leggi civili comuni sotto pericolo di cangiare tosto di natura, di soffrire una novazione. Se rimangono sotto le leggi cambiarie, ad esse doversi uniformare; la legge generale di cambio recata dalla sovrana Patente 25 gennajo 1850 stabilire tassativamente negli art. 25-29 e 98 num. 4 i casi dove si può chiedere la cauzione cambiaria, e fra essi non annoverarsi quello in cui si possa chiedere la cauzione prima della scadenza della cambiale ad arbitrio del possessore di essa: e finalmente siffatto intempestivo provvedimento dover riescire esiziale al commercio, divenire un'arma formidabile per attaccare il credito d'un commerciante e farlo soccombere sebben solidissimo; perciocchè la prenotazione è un grido d'allarme che trae a precipizio la sua fortuna collo sconcerto che cagiona la perdita subitanea d'un credito esteso per molte relazioni.

Tali sono le obbiezioni che s'accamparono nella nostra giurisprudenza periodica (4).

L'opinione contraria adottata dalla Corte di cassazione si può difenfendere coi seguenti riflessi.

La forma e i privilegi della lettera di cambio non impediscono che l'accettante sia veramente e civilmente debitore. L'obbligazione civile costituisce il genere di tutta sorta di obbligazioni. La cambiaria è una specie di quel genere. Il § 453 del Codice civile accordando il beneficio della prenotazione a qualsiasi credito non ha escluso i crediti cambiari.

(1) Berolla, d. *Giornale*, anno 6. num. 17. pag. 348.

(2) Gazzetta de'Tribunali di Milano an. 5. num. 78.

(3) I §§ del Codice civ. tom. 2. pag. 356. num. 7.

(4) Articolo della Gazzetta de'Tribunali di Vienna comunicato dalla Gazzetta de' Trib. di Milano, an. 5. 1855, num. 19. Articolo del giornale di giurispr. pratica di Venezia, anno 5. 1850 n. 16. 17, in fine. E le osservazioni fatte nello stesso giornale an. 6. 1855, num. 11.

La lettera di cambio ha con sè tutti gli estremi per riconoscere in lei la virtù probatoria piena o semipiena nell'ordine della procedura civile: ha dunque un debito anche civile nel suo intrinseco, una prova sufficiente nel suo estrinseco. Se ella è qualche cosa di più d'un chirografo, se ha una forza di esecuzione da pareggiarla al danaro effettivo, tanto meglio; qui basta di constatare che ella ha gli elementi del chirografo per renderla partecipe della guarentigia che a questo concede la legge civile. E neanco si può dire che la prenotazione implichi una deroga ai diritti cambiarii, od una specie di novazione: perchè nel § 6 della sovrana Patente 25 gennajo 1850 promulgatrice della suddetta legge di cambio abolivasi dal Legislatore la Patente 14 maggio 1772 attuata per la Boemia, relativa alla perdita del diritto cambiario colla intavolazione o prenotazione della lettera di cambio.

Questa adunque può considerarsi sotto un doppio aspetto: può avere efficacia in due fori; può essere considerata come obbligazione comune e come privilegiata, nello stesso tempo e senza alcuna limitazione. E colla domanda della prenotazione il creditore, non che avere in animo di rinunciare con una presunta novazione ai beneficii cambiarj, li ha anzi voluto assicurare provvedendo in tempo utile, affinchè la realizzazione qualunque del suo credito non gli fosse impedita.

Nè potrebbe ostare la succitata legge di cambio coll'aver essa prescritto tassativamente i casi in cui si possa chiedere la cauzione: chè ivi si parla della cauzione cambiaria, e non già della cauzione civile. La cauzione cambiaria per l'art. 25 della suddetta legge si pratica col deposito giudiziale della somma dovuta: la civile si ottiene col pegno e colla fidejussione (nostri §§ I e VIII). Ma nell'art. 2 di quella legge troviamo formulato un principio che è più lauto di quello che abbiamo posto a fondamento dei titoli legali di cauzione: poichè si dice che il debitore *cambiario è garante colla sua persona e sostanza dell'obbligazione da lui contratta.* Ivi dunque si riconosce fra debitore e creditore cambiario gli stessi rapporti che nelle altre obbligazioni civili si riscontrano, cioè i rapporti della fiducia personale, e quando questa cessa, attribuisce la coazione assicurativa od esecutiva. Tutto il Regolamento cambiario tende a proteggere con ogni provvedimento la pronta conversione della lettera in danaro. Ed è appunto dal potere assicurarsi prima della scadenza le cambiali accettate, che si facilitano le operazioni di credito, i movimenti de' capitali, la floridezza delle industriali speculazioni.

Tuttavia noi non possiamo essere indifferenti ai disastrosi effetti che deriverebbero dall'accettare questa pratica. L'istinto economico tende a dilatare le forze produttrici, non a restringerle per le viste di una esosa e dissolvente diffidenza. Tutto quello che si disse, e che noi abbiamo riferito in difesa della prenotazione delle cambiali non ancora scadute, non valse a vincere questo contrario presentimento. Proviamoci a soddisfarlo coll'instituire un'analisi più scrupolosa del credito cambiario.

Noi non ci trovammo nella stessa posizione quando dicemmo che nel contrasto della sicurezza del creditore o del credito del debitore, si dovesse preferire colui. In quel luogo parlammo del creditore e del debitore in genere, non nello speciale riguardo del credito cambiario. Questo ci sembra distare da quello per una grande estensione.

Dicono i consequenziarii della lettera morta della legge: qui non ci ha differenza alcuna. La cambiale implica un' obbligazione civile eguale alle altre obbligazioni civili. La legge concede la prenotazione a tutte le obbligazioni civili *in diem*; deve dunque averla concessa anche alle obbligazioni cambiarie prima della loro scadenza.

E questo è cio che noi riteniamo men vero.

La legge cambiaria dice obbligato il soscrittore della cambiale colla sua persona e beni. Questo è ciò che non neghiamo. Ma questa è piuttosto una sanzione, che non un obbligazione civile. Se il debitore non potesse essere astretto a pagare, egli non saria in alcun modo effettivo obbligato a pagare. La sua obbligazione è essenzialmente cambiaria: è modulata dalla legge e dalla procedura particolare del foro di cambio. Siffatta obbligazione non implica però sempre un'obbligazione veramente civile. Questa non nasce in vero dire dalla cambiale, ma dal contratto di cambio; ed una persona può essere debitrice cambiariamente, e non debitrice nel foro civile verso l' identica persona. Questa possibilità è stabilita nettamente nel § 83 della stessa legge vigente di cambio, ove è detto: » nel caso in cui l'obbligazione cambiaria del traente od accettante sia estinta in causa della prescrizione, o perchè gli atti prescritti per la conservazione dei diritti cambiarii non furono eseguiti in tempo utile, *i medesimi non rimangono obbligati in confronto del possessore della cambiale che in quanto venissero ad arricchirsi con danno di esso.* In confronto dei giranti egli non può esercitare alcun regresso qualora la loro obbligazione cambiaria sia estinta. »

Dunque per legge l' obbligazione cambiaria non è identica alla obbligazione civile: e questa non deriva dalla cambiale, nemmeno considerala come chirografo; ma dalla constatazione d'un fatto, che cioè il debitore si sia arricchito in danno del possessore dell' effetto cambiario.

E se la prenotazione suppone di necessità un' obbligazione civile, e l'obbligazione civile del debitore cambiario non può risultare dalla lettera di cambio, ma da un fatto estrinseco che egli non si sia arricchito: bisognerà conchiudere che la cambiale per sè medesima non sia suscettibile di prenotazione.

Produrrà il creditore la lettera di cambio? Questa non è documento sufficiente a provare un'obbligazione civile, un credito civile, cui solo può alludere il § 453 del Codice civile, e la Notificazione 28 aprile 1824, come quelle che sono leggi estranee al diritto cambiario. Produrrà il creditore qualche altro documento meglio comprovante il suo credito civile? Ed allora non si tratta più di cambiale scaduta o non scaduta.

Il che vogliamo a schiarire con un esempio. L'accettante d'una cambiale perciò solo che è accettante è debitore cambiario, è obbligato colla persona e beni. Ma egli può aver accettato senza pure avere ricevuto i fondi necessarii: come se avesse accettato per onore di firma o per conto del traente. Nel foro civile non è punto debitore, è piuttosto creditore, perchè ha fatto credito al traente o all' accettante. Nel foro civile l'essenza dell'obbligazione consiste nella sua causa: la quale è un requisito essenziale di ogni chirografo. Ma tra i requisiti della lettera di cambio questa causa non conta: se non è apposta, la cambiale vale egualmente nel foro cambiario (1).

Ma mi si opporrà che la cambiale sarà meritevole di prenotazione almeno quando avrà i requisiti del chirografo. Nemmen questo possiam concedere; perchè il suddetto § 83 della legge di cambio vi si oppone; e perchè quella supposizione non si concilia colla natura stessa della cambiale. Quel § dice essere tenuto in via civile il debitore cambiario solo in quanto si sia arricchito. La legge non ha tenuto conto di quell'avvertenza abbastanza ovvia. E perchè? perchè non essendo la cambiale che un rappresentativo di danaro, non può degenerare in un documento ordinario di debito. Se la cambiale tratta dicesse *per valuta avuta* od altro, l' accettazione non indurrebbe che il puro e semplice obbligo cambiario di pagare: in via civile l' accettante risulterebbe obbligato solo dopo una speciale posizione di conti. Egli si è firmato come debitore cambiario e nulla più: la legge dice che è obbligato civilmente solo ed in quanto si fosse arrichito in danno del possessore. Questo fatto dell' essersi arricchito è la vera ed unica causa della susseguente obbligazione civile. Ma questo fatto non dipende dalla cambiale, ma da qualche circostanza estrinseca. Per la cambiale veniva a contrarre l'obbligo di pagare o di perdere, non a guadagnare. Se egli lucrò, sarà stato in conseguenza di qualche altro fatto, che non è provato dalla lettera di cambio. Ora se la causale della obbligazione civile, susseguente all'obbligazione cambiaria, non è contenuta nella cambiale; s'inferisce che questa non è un documento che provi la obbligazione civile; non è dunque prenotabile.

E se anche la firma della cambiale tratta, o l'emissione della cambiale propria provasse qualche cosa, non proverebbe concludentemente la verità dell' obbligazione civile, perchè bisognerebbe provare che egli si fosse arricchito; e per provarlo bisognerebbe udire le ragioni prò e contro d'ambedue le parti: sarebbe mestieri di ricorrere a un giudizio ordinario. Dunque non sarebbe prenotabile nemmeno in questo caso, in conseguenza della seconda limitazione pratica che abbiamo stabilita superiormente, che cioè quando la constatazione d' un debito esigesse una indagine regolare, non si dovrebbe concedere la prenotazione, ossia sup-

(1) In questo la nuova legge di cambio diversifica dal Codice di commercio francese.

porre l'esistenza e passar oltre a danno del supposto debitore con un primo decreto.

Dal suddetto § 83 conduciamo questo secondo corollario, poichè vi si dice che il possessore della cambiale non può esercitare alcun regresso qualora la loro obbligazione cambiaria sia estinta. Che è ciò? Se la cambiale si potesse eguagliare al chirografo, a un titolo di credito civile, i giranti si potrebbero pur assomigliare ai cedenti. E i cedenti per i §§ 1397-1399 del Codice civile sono tenuti, quand'hanno ricevuto un corrispettivo, a rispondere al cessionario per la verità e l'esigibilità del credito ceduto (1). Ma nel succitato § 83 si dispone precisamente il contrario: si dispone cioè che fuori dell'obbligazione cambiaria i giranti hanno nessun'altra obbligazione per il regresso. Bisognerà dunque conchiudere che la girata della cambiale non arreca con essa la cessione d'un credito civile.

Quest'ultima conclusione fu pure adottata da un recente giudicato, in un caso consimile per essersi diniegata la prenotazione chiesta da Giuseppe Motti possessore d'un pagherò all'ordine contro il giratario Domenico Colma, prima della scadenza del medesimo, in garanzia dell'eventuale regresso: decreti conformi 11 gennajo 1854 n. 342 d'un tribunale provinciale, e 20 gennajo 1854 n. 1863 dell'Appello lombardo (2). La materia del decidere era pur simile a quella di tutti gli altri crediti eventuali, pei quali abbiamo indotta la seconda limitazione al principio generale delle cauzioni.

Però avvertiamo che per queste nostre osservazioni non presumiamo di avere approfondita la quistione, abbastanza agitata e nella giurisprudenza e nella legislazione (3). Solo le presentiamo quali sono agli amici del vero, onde traggano occasione di nuove e più profonde ricerche.

**9.** Fu giudicato che anche un credito dipendente da un titolo gratuito si debba riguardare come meritevole di prenotazione, anche prima della sua scadenza: decreti 12 dicembre 1851 n. 44486 e 44487 del tribunale civile, e decreti 6 febbrajo 1852, n. 2123 e 2124 dell'Appello di Milano (4).

Nei ricorsi appellatorii avea il signor avvocato Pievani avvertito che

(1) Vedi il nostro § LI. num. 15.

(2) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 5 1855. num. 6.

(3) Grenier, *hyp.* num. 199 allegò la dichiarazione 2 gennajo 1717, la quale privava dell'ipoteca tacita tutte le convenzioni cambiarie e commerciali, onde non offendere il credito commerciale. Il che ognun vede che è sovarchio. La Gazzetta de' Trib. di Milano an. 5. 1855 n. 19 allega che la legge di cambio vigente da noi e in Germania sia stata interpretata nel nostro senso dalle leggi di Amburgo e Lubecca. I nostri medesimi tribunali dovettero, per concedere ad ogni costo la prenotazione per le cambiali, ridurre gli interessi commerciali del 6 per 100, al 5 per 100 sentenza 9 aprile 1847 d'Appello confermata in terza istanza. *Giorn. per le scienze politico legali*, tom. 2. pag. 75.

(4) Beretta, *Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia* an. VIII. 1855, n. 7. pag. 121. 152

*la natura speciale* di questo credito lo sottraeva alla legge comune della prenotazione. Finissima osservazione, che per l'evidenza analittica impone un grave subbietto di dubbio, e si raccomanda a quell' istintivo sentimento d'equità, dinnanzi a cui le dure articolazioni della legge scritta si piegano e s'addattano ai nuovi e impreveduti bisogni. Vediamo come quell'egregio giureconsulto, avesse approfondito questo suo rilievo.

« Non poteva infatti non avvedersi la prima istanza, che un credito a titolo gratuito non può mai dare diritto a cauzione. Il donatario non può vantare e far valere verso il donante maggiori diritti di quelli, che il donante stesso gli abbia accordato: poichè il donatario nulla ha dato, e nulla ha promesso al donante; ed il suo concorso ed assentimento all'atto della donazione non è intervenuto che per rendere efficace ed operativa la volontà del donante nei limiti, ne'quali venne espressa. Ora questa volontà si circoscrisse a trasferire nel donatario un diritto *meramente personale* al conseguimento della somma donata; onde non poteva, nè può essere in facoltà di quest'ultimo, in onta a tale volontà, e ciò che è più, ad ulteriore aggravio del donante, di cambiare il suo diritto meramente personale in reale ed ipotecario. Le donazioni non ammettono giammai interpretazione estensiva in pregiudizio dei donanti (§ 915 Codice civile), e sarebbe contro ogni principio di giustizia e d'equità il tenere questi obbligati a cose maggiori di quelle, che hanno voluto spontaneamente elargire e dare. Quindi ritroviamo che la legge esonera il donante dall'obbligo di prestare evizione della cosa donata (arg. dal § 935 Codice civile). Quindi troviamo pure nella stessa legge che il donante non è tenuto a rispondere della verità ed esigibilità del credito donato (§ 1397 Codice civile). »

Accettiamo per nostro conto queste osservazioni dedotte con isquisita orditura; e con grandissima soddisfazione le accettiamo, perchè ci sembrano congiunte in istretta parentela alle idee fondamentali che ci siamo studiati fin qui di far valere. Per il che non ci resta altra fatica che di ravvicinarle, e congiungerle col principio che domina tutta la deduzione del credito e delle cauzioni, per poter indi rispondere alle obbiezioni di chi non si rimuove d'un punto dalla lettera inanimata della legge.

Costoro potrebbono opporre: che il diritto personale del donatario non è *nella sua natura giuridica* diverso da ogni altro diritto personale che provenisse da un titolo oneroso; e appunto perchè è un diritto personale, il donatario ha bisogno di assicurarlo, come si assicurano tutti gli altri crediti. Qual differenza ci ha, domanderebbero, tra i crediti provenienti da titolo oneroso e quelli dipendenti da liberalità? Si gli uni che gli altri sono diritti personali. Epperchè dunque si concede agli uni di convertirsi in diritto reale, agli altri si diniega?

Le donazioni non si interpretano con estensione, soggiunge il prelodato avvocato: ma non si vedrà facilmente, risponderebbero, come

questo vero concluda nella tesi: perciocchè anche le obbligazioni di debito per titolo oneroso non s'estendono neppur esse: in dubbio *pro libertate responditur*. Nè la donazione si estende nella sua entità, perchè non ne rimane alterato il *quantum*. E se si altera il *modo*, questo è conseguenza necessaria, anatittica del diritto personale del donatario, perchè egli secondo la legge comune delle prenotazioni è creditore, ed ha quindi la coercizione giuridica quando gli venisse a mancare la fiducia verso di lui.

Nè queste obbiezioni caddero in fallo: chè probabilmente per esse i tribunali superiori non s'arresero alle ragioni del preopinante.

Tuttavia tra il credito per donazione e il credito per titolo oneroso stimiamo pur che ci sia una rimarchevole differenza: e questa si rende manifesta, non nella ordinaria efficienza, ma in quella che deriva dal principio di tutte le cauzioni.

Nessuna cauzione, dicemmo, è necessaria dove ci ha la fiducia personale: dove questa manca o viene a cessare, ivi nasce il bisogno e quindi il diritto alla garanzia reale. Mostrammo la verità obbiettiva astratta di questo principio e l' applicabilità pratica nella superiore pertrattazione. Vediamo se questo principio sia applicabile al caso presente. E diciamo subito di nò: perchè se è vero che qualunque credito che sia nato da titolo oneroso abbia avuto per sostanziale componente la legge naturale del credito, ossia la personale fiducia o l'assicurazione reale; non egualmente si può dire del credito cagionato da titolo gratuito; perciocchè il donatario accettò la donazione tal quale gli fu esibita: ed in ciò fare egli non si commise nulla affatto alla fede del donante: non si può dire che gli avesse fatto a credito; ma solo accettò quel tanto che gli fu promesso. Fare credito non si può intendere di colui, che nulla dà o nulla promette. Il donatario, nè dà nè promette, ma riceve ed accetta; e per ricevere ed accettare non ha alcuna personale fiducia, e quindi non ha *nè il bisogno* e quindi nemmanco il diritto della sua sistemazione reale.

Suo unico diritto, sua unica legge è la promessa, è il contratto unilaterale della donazione. Per esso il donante è obbligato a dare nel tal tempo la tal cosa, la tal somma. Prima della scadenza non è tenuto ad altro: nè il donatario può domandare di più: nè può domandare una cauzione per la sicurezza di una fiducia che non fu menomamente abbisognevole alla determinazione del contratto.

Dopo la scadenza, la cosa è diversa: perchè potendo allora il donatario esigere la cosa donata, può cominciare dalla domanda minore, qual è l'assicurazione ipotecaria (1).

Ed ecco costituita nell'analisi del nostro principio generale della cauzione una quarta limitazione pratica.

Analogamente si dovrebbe giudicare nel caso che il credito e il diritto

(1) Vedi §. VIII. num. ultimo, e il § IX nel testo.

alla cauzione non si potessero classificare nei casi ordinarii di debito e credito.

Il curatore d'un minore avea chiesto la prenotazione di lire 8000 in garanzia degli alimenti dovutigli per legge dalla madre vedova; e l'avea ottenuto dalla Pretura di .... col decreto 8 maggio 1854. L'Appello veneto toglievala col decreto 6 giugno successivo, ove dicea: « osservato che comunque possa spettare in genere alla madre il dovere di provvedere al mantenimento del proprio figlio, nel senso del § 143 del Codice civile vigente, non consta tuttavia ch'essa abbia assunto *con atto formale* veruna *speciale* obbligazione in proposito; ritenuto che a termini della Notificazione governativa 27 aprile 1824 la prenotazione non può aver luogo che per le *azioni creditorie* propriamente dette, fondate sopra *un documento* di piena o semipiena fede; ritenuto che trattandosi di legge cauzionale *essa deve essere interpretata restrittivamente,* nè può estendersi ad altri casi analoghi, ecc.

La suprema Corte di giustizia colla decisione 16 agosto 1854, confermava quel decreto, e ripeteva gli identici motivi, non escluso quello che la legge delle prenotazioni fosse una legge eccezionale (1). La qual'ultima ragione ci arreca una grave meraviglia, perchè la suprema Corte di giustizia, qualificando la legge della prenotazione come una legge eccezionale, ci fa dubitare ch'ella stessa non dubiti del fondamento giuridico che noi ci saressimo lusingati di averle assegnato: e forse temeressimo per l'esistenza di questa legge, che noi abbiamo qualificata per progressiva, se la più alta magistratura venisse a dare un così grave peso alle recriminazioni della contraria giurisprudenza (2). Ma forse quell'argomento non ha questo senso negativo: ed ameremmo credere che non l'avesse, e significasse soltanto che questa legge, versando in rapporti creditorii dilicatissimi di loro natura, volesse essere applicata con estremi riguardi. Ed è appunto ciò a cui attendiamo di presente nell' esaminare le molte limitazioni pratiche cui deve andare soggetta nella prudente deduzione dal principio superiore delle cauzioni.

E in riguardo al caso proposto, noi pure accetteremo quella decisione, e perchè non si può agevolmente constatare se nel caso concreto la madre sia obbligata ad alimentare il figliuol suo, e perchè questa obbligazione non è della stessa natura delle altre obbligazioni civili: non essendo qui ammissibile la diffidenza pe' rapporti speciali. Il giudice non deve supporla leggermente, perchè troppo ripugna allo spirito di famiglia e all'istinto materno che si debbano prendere le ordinarie ed odiose garanzie.

**10.** Nel § 6 della Notificazione 28 aprile 1824 e quindi nel presente nostro § si pone un'ulteriore limitazione al principio dominante di que-

(1) Gazzetta de'Tribunali di Milano, an. 6. 1854 num. 152. 153.

(2) Come subito ne approfittò il relatore di quel giudicato nella suddetta Gazzetta.

sta materia colla prescrizione seguente: « anche il documento, nel quale il debitore ha proibita *espressamente* la prenotazione, rimane escluso dalla medesima sino alla scadenza del termine stabilito al pagamento. » Due cose sono degne d'attenzione in questa legge: essa vuole una proibizione espressa, e la rende poi efficace soltanto sino alla scadenza del credito. La qual prudente disposizione tolse le infinite liti che sarieno sorte se si fosse lasciato il campo alle proibizioni tacite, o le proibizioni espresse si fossero rispettate in ogni tempo. Quando in un contratto, in un testamento, in un atto qualsiasi una persona si costituisce debitrice, può imporre quelle limitazioni che più le aggradano alle sue obbligazioni: e l'altra parte accettandole non può poscia alterarne il valore. La convenzione o in genere il titolo del debito si matura col giorno in cui scade il termine prestabilito al pagamento, ed allora cessano i primitivi rapporti fiduciali, cessa il diritto del debitore ad escludere e la realizzazione e l'assicurazione del debito professato. Ma prima del termine la convenzione lecita dev'essere rispettata, e il creditore non può in onta di essa chiedere la prenotazione in base al principio generale contenuto nel § 453 del Codice civile, perchè egli stesso ha derogato a quella legge, almeno per il tempo che il contratto ha virtù imperativa e proibitrice fra i contraenti: per la massima volgare: *omnes licentiam habere his, quæ pro se introducta sunt; renunciare* (1).

Ma se il debito è scaduto solo in parte, e per questa sola parte è in mora il debitore, potrà chiedersi la prenotazione per tutto il debito ad onta del patto proibitivo? Il dottor Mentini morendo lasciò alla vedova Citorio sua cameriera lire sette al giorno, vita sua natural durante: e prescrisse che gli eredi non fossero obbligati a dar cauzione od ipoteca ai legatarj. Dopo un certo tempo gli eredi cessarono di pagare: la legataria chiese la prenotazione per tutto il legato vitalizio: e fulle dinlegata dal tribunale civile di prima istanza di Milano col decreto 2 novembre 1850 n. 38788; il quale si fondò tutto sulla dispensa dall'obbligo della cauzione. Fu accordata dal tribunale d'Appello con decreto 4 dicembre 1850 n. 14493: nel quale dicevasi: « osservato che anche volendosi riguardare equivalente al divieto della prenotazione l'esonerazione degli eredi dall'obbligo di dare cauzione ai legatarj, altesa la mora degli eredi stessi, veniva applicabile la seconda parte del § 6 della Notificazione 28 aprile 1824; osservato che, caduti gli eredi in mora al pagamento di alcune pensioni, il diritto della legataria di assicurarsi pel proprio legato si doveva estendere anche alle pensioni future, avuto anche riguardo alla natura del diritto da prenotarsi, che riflette gli alimenti. » ecc. (2).

Questo decreto fu confermato in terza istanza (3).

(1) Leg. 29. Cod. *de pactis*.

(2) Gazzetta de' Trib. di Milano an. 1. n. 9 ove si riporta un' egual decreto dell' Appello veneto 19 novembre 1850.

(3) Ibidem. num. 26.

**11.** A questo luogo siamo in grado di domandare se la prenotazione si debba concedere, avuto riguardo alle limitazioni precedenti, in conferma di un preesistente titolo ipotecario, derivante da convenzione o dalla legge in qualche caso speciale.

Ai detrattori del principio generale delle prenotazioni può riescire alquanto strana questa richiesta: avvegnachè essi dicano che per il § 433 del Codice civile la prenotazione non si debba concedere che in conferma di un titolo preesistente e speciale. Eppure se guardiamo alla pratica, anche in quest'ultima ricerca la cosa riesce quasi al rovescio delle loro aspettative. Poichè vedemmo come non fosse prenotabile il diritto di regresso del fidejussore contro il debitore, sebbene avesse un titolo speciale di cauzione dai §§ 1364 e 1365 del Codice civile. E come questa conclusione negativa fondavasi sulla seconda limitazione al principio generale delle prenotazioni: perciò tutti i titoli legali, cui resistesse alcuna di quelle limitazioni, non sarebbero suscettibili della conferma di questo giudizio: perciocchè in questo non possono venire come materia acconcia quelle cause la cui cognizione richiedesse un diverso apparato di procedura. Con dir questo è sottinteso che il giudice debba prestarsi all'assicurazione di quei diritti che la legge con ispeciali disposizioni ha posti sotto la sua protezione. Ma dovrà il giudice colla prenotazione confermare un titolo ipotecario convenzionale o testamentario, che fosse imperfetto per le forme estrinseche, e quindi non idoneo all'iscrizione ordinaria?

Se la prenotazione si domandasse in confronto e a carico del debitore, la si concederebbe anche senza un titolo convenzionale espresso. Qui domandiamo se si debba concedere contro un terzo che avesse promesso un ipoteca in garanzia d'un debito altrui.

Amalia Tina stipulò coll'istromento 29 maggio 1848 il contratto nuziale con Luigi Boni. Nel giugno di quell'anno si celebrò il matrimonio, e la dote fu numerata nel successivo agosto. A quell'istromento non era intervenuta Marianna Boni, ma si era detto ivi che essa si fosse obbligata a garantire la dote con regolare ipoteca. Questa sua obbligazione sarebbe stata ratificata con una scritta privata, senza data, ma con riferimento all'istromento di cui diciamo. La creditrice Tina, temendo che la Boni vendesse l'unico stabile sul quale aspettava la promessa garanzia, richiese al tribunal di Como la prenotazione su di quello. Fu negata col decreto 17 agosto 1850 n. 8951, pel motivo che la Notificazione 28 aprile 1824 concede le prenotazioni solo alle *azioni creditorie*: della qual'indole non sarebbe, diceva, quella dell'instante. E invece fu concessa dall' Appello lombardo con suo decreto 30 agosto, n. 10390, corredato da questi motivi: « osservato . . . . . . che l'attrice Tina avendo numerata la dote, come consta dall'istromento 16 agosto 1850, in essa verificasi l'azione eventuale creditoria per la ripetizione di essa dote all'avvenimento dei contemplati casi, nei quali il marito dovesse restituirla; osservato che la convenuta Marianna Boni coll'atto allegato B *senza data, in relazione al succitato istromento*

*nuziale*, avrebbe promesso di cautare la dote . . . con ipoteca dei beni proprii, concorrendo così a garantire le obbligazioni del marito; ritenuto perciò che, salva la liquidazione del diritto in merito, la Tina si presenta intanto munita di titolo abile ad ottenere l'invocato provvedimento; l'i. r. tribunale d'appello ecc ».

Questa decisione ci sembra accettevole perchè conforme allo spirito e alla lettera della legge. Imperocchè la Notificazione 28 aprile 1824, com'è detto nell'esordio e nel § 1 della medesima, non fa altro che interpretare il § 453 del Codice civile: e questo dice in generale che un documento che non si può inscrivere si può prenotare, purchè si provi il credito nei modi legali. Colla parola *documento* comprende e il documento di debito o il documento del titolo ipotecario: almeno quest'ultimo non è escluso. E nel § 6 della riferita Notificazione si qualificano suscettivi di prenotazione tutti i documenti di piena o semipiena prova in confronto dell'asserito debitore, quantunque contengano il titolo di un credito meramente personale e non siavi nè promessa, nè stipulata veruna ipoteca. Dunque sono ammissibili i documenti ove ci ha un titolo ipotecario convenzionale, o solo un titolo cosifatto: il quale non si potria sostenere per tale ove non facesse menzione del debito principale, come dissimo nel § XXI e nel § XXIV. Qui non si dice che solo il documento creditorio sia prenotabile; non si esclude il titolo semplicemente ipotecario. Ed è pur vero che in riguardo al terzo, che si è assunto di garantire un debito altrui, colla garanzia si è appropriato quel debito, colla sola limitazione che non vi fosse tenuto che fino al valore della proprietà ipotecata. E per questa ragione dissimo nel § V, num. 4-6, che un terzo può intercedere colla fidejussione o col pegno per un debito altrui, che per eccezioni personali all'obbligato fosse civilmente invalido. Il terzo si può dunque per questo limitato riguardo reputare debitore; e si costituì tale col titolo ipotecario concesso; e producendo questo, sembra che basti ad ottenere la conferma della prenotazione. L'Appello lombardo ha dunque rettamente giudicato.

Ma il Senato lombardo veneto riformò questo giudicato e diniegò la prenotazione, senza pubblicarne i motivi (1). E noi senza di questi, non possiamo imaginarci quali obbiezioni si potrieno fare alla superiore conclusione, che reputiamo la più conforme ai premessi principii.

Supponiamo che il debitore avesse acconsentito un'ipoteca generale sopra tutti i suoi beni presenti e futuri. Questo titolo non si potria presentare al conservatore per l'iscrizione. Potrà essere soggetto di prenotazione? Senz'altro. Ma la prenotazione si dovrà attribuire al titolo convenzionale? Non vedo che si possa dubitare: perchè se il debitore acconsentì ad un'ipoteca generale, tanto meglio acconsentì per una speciale. Questa è compresa in quella. Eppure Troplong affermò che il debitore dopo siffatta convenzione generale non potesse essere costretto

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 4. 1854 num. 116

a dare un'ipoteca speciale, per il motivo che l'ipoteca acconsentita sulla generalità de'beni essendo nulla per legge, non le si potrebbe sostituire pel solo fatto del giudice un'altra ipoteca più valida (1). Il che equivale a dire: se l'ipoteca generale, come soverchia non tiene: se si toglie il soverchio non tiene neppur quando è ridotto alla giusta misura. Non dobbiamo dunque esitare nello scegliere l' opinione di Grenier, secondo il quale un errore in siffatta convenzione non basterebbe a privare il creditore del diritto di domandare delle garanzie, che ei credea d'avere ottenuto e che non ottenne. L' intenzione ei fu pure di dare una garanzia ipotecaria, e non sarebbe giusto di privarne il creditore e sottometterlo agli arbitrii del debitore di mala fede (2).

E prima di passar oltre dobbiamo avvertire ad una rilevante differenza che in riguardo all'iscrizione dei titoli legali ipotecarii ci ha tra il nostro e sistemi d' origine francese. Per noi qualunque titolo legale se non apparisce da una convenzione corredata in forma autentica (§ XXI), deve risultare dal decreto o dalla sentenza del giudice. Per sè solo il creditore non potria presentarsi al conservatore, come avviene in Francia per l' articolo 2153 del Codice Napoleone, e nella restante Italia per l' articolo 2047 del Codice delle due Sicilie, gli articoli 2193 e 2201 del Cod. parmense, l'art. 2247 del Cod. Albertino, l'art. 141 della legge ipotecaria di Romagna e per l'art. 2205 del nuovo Codice estense; per le quali leggi basterebbe che il creditore facesse menzione nelle note per l'inscrizione della natura dei diritti da inscriversi, ossia del fatto dal quale proviene il suo credito o l'ipoteca legale. Ma presso di noi nessuna iscrizione si prende senza un titolo ipotecario autentico. Se un qualunque titolo manca d'un documento perfetto, per argomento dal contrario senso del § 453 del Codice civile austriaco, non è suscettibile dell'iscrizione ordinaria, ma della prenotazione. E valga ancora l'argomento che desumiamo dal § 90 dell' aulico decreto 4 marzo 1823 (3), nel quale si proibiva al conservatore di praticare alcuna prenotazione che fosse chiesta a tenore del Codice civile, indipendentemente dal decreto del giudice.

**12.** Veniamo a stabilire una quinta limitazione al principio generale delle prenotazioni dicendo, che non si debbano concedere quando l'ipoteca risultante difetterebbe circa la disponibilità da parte del debitore. Però se il debitore non apparisse proprietario del fondo, il giudice non potrebbe rifiutare la prenotazione; ma concessa che l'avesse non darebbe al creditore diritto alcuno: perchè l'ipoteca sulla proprietà altrui è nulla; salve le limitazioni per noi stabilite ne' §§ XIV e XV sulla proprietà risolubile e sulla futura. Ed è appunto in vista delle possibilità pratiche ivi

(1) Troplong. *des priv. et hyp.* num. 513.
(2) Grenier, *hypothèq.* num. 65.
(3) Circolare dell'Appello lombardo 2 aprile 1823.

considerate, che stimiamo non potere il giudice rifiutarsi: comunque si sia giudicato diversamente nel caso riferito dal Mattei, d'un creditore che volle prenotarsi sopra gli stabili dell'eredità, prima che il coerede debitore l'avesse adita (1). Però saria autorizzato a rifiutarla nel caso che la si domandasse sopra una cosa non qualificata per sè stessa dalla legge come immobile: e fu rifiutata infatti a colui che l'avea chiesta sopra un diritto d'esercizio e d'avviamento d'una farmacia: decreto 22 marzo 1854 della Pretura di Romano, confermato dall'Appello lombardo il 22 aprile successivo (2). Così pure dovriasi rifiutare nel caso che il debitore fosse oberato, come dissimo sotto il § XXVI; perchè il giudice non potria concedere quello, che se fosse concesso dal debitore stesso, non saria valido in confronto ai terzi. Egli potria sindacare se il credito, o il titolo ipotecario allegato nella domanda della prenotazione, sia stato rilasciato da persona che aveva la capacità personale d'obbligarsi.

I militari in permesso non possono pigliare a prestito danari sopra i loro beni immobili senza l'assenso del Comando del rispettivo reggimento o corpo; dal che ne segue che i suoi debiti per mutuo non potrebbero essere inscritti (3) e quindi nemmeno prenotati (4). Nè risulterà oziosa l'indagine se chi richiede la prenotazione, abbia diritto di stare in giudizio. Fu però giudicato che i corpi morali possono senza il consenso della autorità tutoria chiedere prenotazioni ipotecarie, e produrre a conferma la petizione per la sussistenza del credito prenotato (5).

**13.** Prima di chiudere la deduzione dal principio superiore delle prenotazioni, dobbiamo condurre un ultimo e importante corollario, che sta aderente al principio stesso, come una congenita e ragionevole reazione dell'interesse opposto del debitore. Poichè questi non potendo pur resistere al suo creditore che gli chiede una cauzione, avrebbe però interesse talvolta a troncare con essolui ancor prima del termine convenuto ogni rapporto creditorio. La legge ipotecaria di Svezia, tra tutte le leggi europee che conosciamo, è la sola che avesse interpretata e approvata questa suscettività del debitore offeso nella parte più preziosa della libertà personale, nell'estimazione civile. Ella dispose nell'articolo 10, che allorquando un creditore volesse inscrivere un credito (6) non provveduto di un titolo ipotecario convenzionale, il debitore potrà liberarsene incontanente, sebbene il termine del pagamento non sia per anco scaduto (7).

(1) Mattei, Codice civ. tom. 2 pag. 530. Decreti 7 e 19 febbrajo 1852, di I. e II. istanza Gazzetta de' Trib an. 2. n., 27.

(2) Gazzetta de' Tribun. di Milano, an. 4. 1854 num 57.

(3) Dispaccio dell'aulica Cancelleria 24 novembre 1842, pubblicato colla Circolare 30 dicembre 1842 del Governo lombardo e colla Notificazione gov. veneta 19 gennaio 1843.

(4) Mattei, al Codice civ. tom. 2 pag. 530 num. 8.

(5) Sentenza 21 luglio 1845 di prima istanza confermata dall'aulica decisione 7 gennaio 1847. Herella, *Giorn. di giurispr. prat.* 1848 pag. 33. Mattei, tom. 2. pag. 532. num. 4.

(6) Ossia prenotazione; perchè quella legge non riconosce altra forma d'inscrizione, come dissimo nell'introduzione, num. XXVIII.

(7) Leg. 13 luglio 1818. - Saint Joseph, concordance des codes civils. pag. 184.

Potremo noi concludere egualmente nel silenzio della legge austriaca e della francese? Il nostro assunto sarebbe difficile, perchè comunque potressimo esattamente dedurla dai principii che abbiamo sviluppati, siccome essi non sono formulati in alcuna legge, sarebbe sempre questo nostro un ragionamento d'un ragionamento, che non accontenterebbe molto chi trova più facile partito negare ove la legge tace. Però ai giureconsulti timorosi degli interessi affidati, e zelanti di conservare il senso morale ne' cittadini non sarà discaro di soffermarvisi alquanto.

E coloro specialmente i quali non credono di sapere la legge e di interpretarla degnamente, se non a patto di darne la sistemazione scientifica, e in proposito delle prenotazioni avessero fatto buon viso alla trama razionale che ci siamo ingegnati di ordire, comprenderanno facilmente come sia vero ciò che diciamo, che questo interesse del debitore a restituire il debito avanti che scada, sia una legittima reazione e una necessaria difesa contro la diffidenza del creditore. Assegnando noi l'origine razionale delle prenotazioni, dicemmo che il creditore sfiduciato vorrebbe sciogliere il suo contratto verso il debitore, perchè col mancamento della fiducia, anima di tutte le transazioni, di tutti i rapporti personali, quel contratto mancherebbe del necessario nesso morale; e di conseguenza vorrebbe egli che il contratto fosse sciolto in sul momento e privato il debitore della maggior libertà economica attribuitagli col credito; ma che non potendosi ciò fare per il rispetto dovuto alla santità medesima dei contratti, si permise che il creditore potesse coll'ipoteca e colla prenotazione vincolare le facoltà del debitore in una parte proporzionata a quella che era stata accresciuta per via di credito.

Se questo è vero, avressimo pur detto implicitamente che allorquando il contratto ad onta della lontana scadenza si potesse disfare, la diffidenza del creditore dovrebbe limitarsi a ciò, e non permettersi di metter mano sulla restante sostanza del debitore. Egli o deve rispettare in tutto e per tutto il contratto; o, se gli nuoce, deve provvedere alla propria indennità col minor danno possibile del debitore. Egli ha diritto alla cauzione non per altro motivo, se non perchè più non s'affida nella fede del debitore: ma la fede dei contratti, i rapporti di debito e credito non possono sussistere ove la legge naturale del credito ha cessato. Se il creditore vuol tenere fermo nel contratto, deve custodirlo come fosse animato dal naturale suo spirito: e non deve aver bisogno di garanzia alcuna. Ma se egli pel primo toglie al contratto l'anima della fiducia, allora il contratto non sussiste, se non come un diritto del debitore: il quale o può tollerare la prenotazione o recedere dal medesimo. Se il creditore può chiedere la prenotazione perchè per la seguente diffidenza non può sciorre il contratto: se lo scioglimento di questo può essere impedito solo dal debitore: se costui anzi che impedirlo vuole che sia sciolto, di conseguenza il potrebbe, come può rinunciare ai suoi diritti: e quindi potrebbe pagare avanti la scadenza ed impedire il vincolo del residuo suo patrimonio.

Per niegare l'evidenza di questi corollarj bisognerebbe supporre, o che il creditore potesse chiedere la cauzione coattiva per mera malizia, pur fidandosi nel debitore e questo è ciò che nessuno vorrà approvare; ovvero che fosse in di lui arbitrio di chiedere la cauzione, ed allora il debitore gli opporrebbe che conservando egli il contratto dovesse ritenerlo come unica legge de' reciproci loro rapporti, ed allora dovriasi negare la prenotazione. Ma se questa si concede supponendo che fosse in suo esclusivo arbitrio per la successiva diffidenza di sciorre il rapporto contrattuale: e questo sarebbe un assai maggior male che la prenotazione non sia: perchè nessun contratto varrebbe, se dovesse essere sciolto col pretesto della diffidenza. Dunque, favorendosi il creditore, non si sacrifichi in tutto il debitore.

## § XXXII.

L'istanza per ottenere la prenotazione deve presentarsi al tribunale o alla pretura cui è soggetto il bene immobile su cui la prenotazione ha da gravitare, ovvero quel bene immobile sul quale si trova inscritto il credito ipotecario che deve essere colpito dalla prenotazione. I tribunali di commercio e di cambio non possono accordare prenotazioni.

§ 2. *Notificazioni gor. 27 e 28 aprile* 1824.
§ 32 *della nuova Norma di giurisdiz.* 20 *novembre* 1852.

**SOMMARIO.**

1. La domanda della prenotazione è personale? Epperchè dee dirigersi al giudice reale?
2. Della giurisdizione territoriale del giudice in questo oggetto.

**1.** La domanda della prenotazione è ella personale o reale? Se ella è personale si potrà indirizzare al giudice personale del debitore? Ella non può essere un' azione reale, perchè ogni azione reale suppone un diritto reale sul fondo. Il creditore appunto perchè domanda un' ipoteca non la possiede ancora: non ha quindi nè un diritto reale, nè l'azione reale che ne consegue. E tant'è vero che ella è personale, che come vedremo nel § seguente, deve dirigersi contro il debitore, o il costituente d'un titolo ipotecario, contro i successori universali di essi, e non già contro

i terzi possessori, ossia i loro successori singolari: ed ognun sa che essenza dell'azione reale è d'essere persecutoria della cosa in qualunque mano trapassi.

Si dovrà dunque il creditore dirigere al giudice personale del debitore o del costituente?

La risposta ovvia sarebbe l'affermativa: ma la legge che porge materia al presente § prescrive al contrario che la si debba presentare ai tribunale o alla pretura cui è soggetto il bene immobile su cui la prenotazione ha da gravitare, ovvero quel bene immobile sul quale si trova inscritto il credito ipotecario che deve essere colpito dalla prenotazione. E stabilisce a guisa di corollario che i tribunali di commercio e di cambio non possano accordare prenotazioni.

Abbiamo una egual disposizione nel § 52 della nuova Norma di giurisdizione pubblicata colla sovrana Patente 20 novembre 1852.

Come si spiega adunque quella disposizione? Il pensiero del legislatore dovea essere a tutta prima determinato allo scopo di agevolare ai creditori l'assicurazione dei loro diritti sopra beni immobili contro debitori assenti e lontani: potendo accadere che il debitore fosse straniero o domiciliato in luogo ove non si accordino prenotazioni. Poteva anche essere determinato dal proposito di facilitare le pratiche necessarie alla prenotazione, perchè coll'adire il giudizio reale, facile ed immediata è la trasmissione del decreto che concede la prenotazione al conservatore della stessa provincia che la inscrive: invece che se si dovesse adire il giudice personale, se ei fosse lontano dalla provincia, il suo decreto potria abbisognare di autenticazioni, e quindi sarebbe inevitabile lo spreco d'un tempo prezioso, che la legge della prenotazione dovea provvedere che si risparmiasse.

La ragionevolezza della legge, oltre l'utilità sua, si spiega anche nell'avvertire, come questa domanda non costituisca un'azion personale ordinaria *ad persequendum a debitore quod sibi debetur*: ma piuttosto un rimedio che la legge attribuisce direttamente al creditore perchè creditore, il quale va direttamente ad assicurare il suo credito sulla proprietà del debitore, solo intercedendo il giudice reale, al quale è fatto obbligo di verificare il credito, quale condizione del titolo attribuito dalla legge stessa.

**2.** Dispone il § 52 della nuova Norma di giurisdizione che: anche le istanze con cui si domanda una prenotazione sopra un bene immobile, una proroga del termine per produrre la petizione giustificativa, e la cancellazione della prenotazione ottenuta, debbono prodursi a quella pretura, o riguardo agli stabili situati nella periferia delle città ove risiedono tribunali provinciali, a quel tribunale provinciale nel cui circondario è situato l'immobile.

Quindi se gli stabili da prenotarsi sono situati nella campagna, la pre-

notazione si domanderà presso la pretura nella cui giurisdizione sono compresi. Se gli stabili rurali sono ascritti in una giurisdizione, nella quale si trovi compresa una città ove risieda un tribunale provinciale, l'istanza di prenotazione si dovrà presentare al tribunale o alla pretura urbana? Per il suddetto § 32 non è dubbio che si debba presentare alla pretura urbana: perciocchè al tribunale sono riservate le prenotazioni sopra gli stabili situati entro la periferia della città stessa: così fu ritenuta dalla declaratoria del Decreto 16 gennajo 1854 del Ministero della giustizia (1); e così fu ritenuto dal decreto dell'Appello lombardo 12 aprile 1854, in riforma del decreto 24 marzo 1854 di una pretura urbana (2): e fu pur giudicato così anche nel caso che la prenotazione era stata domandata per una somma maggiore delle lire 1500: come importa il decreto 7 aprile 1854 del tribunale di Bergamo, confermato in Appello col decreto 28 aprile 1854 (3).

## § XXXIII.

La detta istanza deve essere conformata nel modo dal Regolamento giudiziario prescritto per ogni altra petizione, e presentarsi in triplo insieme a tante rubriche, quante, oltre il primo nominato, sono eventualmente le persone contro le quali è diretta: dovrà inoltre osservarsi quanto prescrive il Regolamento giudiziario pel caso che taluna di dette persone sia assente, ignota od incapace di stare in giudizio.

§ 3. *Notificazioni gov.* 27 *e* 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. Dell' intimazione dell'istanza di prenotazione alla parte avversaria.

**1.** L'istanza o il libello per il quale si domanda la prenotazione dev'essere preordinato a due fini distinti. Per l'uno dev'essere acconciamente disteso in modo che, ottenendo il decreto del giudice, possa essere presentato al conservatore per l'inscrizione, e di ciò dispone il § seguente.

(1) Comunicata colla circolare appellatoria del giorno 26 gennaio 1854.

(2) Gazzetta de' Trib. di Milano anno IV, 1854. num. 51.

(3) Gazzetta de' Trib. an. IV. num. 62.

Per l'altro dev'essere copiato in tanti esemplari o rubriche quante sono necessarie per dar notizia alle persone che hanno interesse a conoscere la concessa prenotazione.

Chi ha interesse a ciò è il debitore o il costituente, contro i quali e sopra gli immobili de' quali la prenotazione fu chiesta; perchè, siccome avvertì Zeiller, essi hanno un interesse diretto a conoscere tutti i pesi che aggravano la loro proprietà, e a chiedere la cancellazione di quelle prenotazioni che non fossero nelle vie regolari confermate (1).

L'intimazione alla parte avversaria, soggiunge Nippel, deve eseguirsi nelle proprie di lei mani, e precisamente nel modo prescritto dal Regolamento del processo civile relativamente ad un primo decreto pronunciato in affari contenziosi: perciò se ignoto è il luogo del di lei domicilio si deputa un curatore al quale si eseguisce l'intimazione, e questa si pubblica mediante editto da inserirsi nelle gazzette. Quindi, continua lo stesso, il prenotante è obbligato a notificare nella domanda di prenotazione il luogo di dimora dell'altra parte; e in caso contrario deve domandare a sue proprie spese la pubblicazione dell'editto.

Il prenotante inscritto nei libri pubblici, non è in verun tempo obbligato a somministrare la prova della avvenuta intimazione, e da ciò solo che l'intimazione non sia stata eseguita giusta le prescrizioni, non si può desumere argomento per impugnare i diritti acquisiti coll'inscrizione nei libri pubblici. Così s'argomentava il sullodato commentatore sulle traccie del decreto aulico 29 agosto 1818 (2).

## § XXXIV.

L'istanza suddetta deve contenere le indicazioni richieste nel superiore § XXIV per una valida iscrizione. Se la prenotazione dovesse farsi sopra un credito ipotecario inscritto sull'immobile, dovrà inoltre precisamente indicarsi questo credito, insieme alla data e numero della sua iscrizione ed unirsi all'istanza il certificato relativo dell'ufficio delle ipoteche.

*Arg. del* § 4 *Not. gov.* 27 e 28 *aprile* 1824.

### SOMMARIO.

1. Delle indicazioni da farsi nell'istanza della prenotazione: remissione al § XXIV.

(1) Zeiller, *comento* al § 439 n. 2. Codice civ. aust. Winiwarter, allo stesso § Amati *man. delle ipot.* art. 8 p. 36.

(2) Nippel, *comento* al Codice civ. § 439 num. 2.

**1.** La Notificazione 28 aprile 1824 nel § 4 prescrive che « oltre il nome, cognome, professione e domicilio delle parti, l'istanza dovrà contenere:

*a)* l'indicazione della data e le altre qualità distintive del titolo ossia documento;

*b)* l'indicazione della qualità e situazione dei beni immobili a carico dei quali si chiede la prenotazione, del loro confini, dei numeri censuarj ove questi ultimi sussistano, e generalmente d'ogni dato per cui non possa nascer dubbio sulla identità dei beni medesimi. Se la prenotazione dovesse farsi sopra un credito ipotecario inscritto sull'immobile, dovrà inoltre precisamente indicarsi questo credito insieme alla data e numero della sua inscrizione, ed unirsi all'istanza il certificato relativo all'ufficio delle ipoteche;

*c)* l'importo del credito capitale da assicurarsi col mezzo della prenotazione come sta già espresso nel titolo ossia documento, ovvero come viene valutato dal prenotante relativamente alle prestazioni annuali o ai diritti eventuali, nei casi in cui la valutazione sia prescritta; come pure l'importo degli accessorj di questi capitali, ed il tempo in cui sono esigibili i capitali e gli accessorj stessi. »

Questa legge fu da noi esaminata nella trattazione del § XXIV. Ivi abbiamo veduto quali fossero le indicazioni necessarie alle note da presentarsi al conservatore per l'iscrizione: abbiamo ivi veduto l'importanza giuridica di ciascuna di esse: epperciò vi facciamo riferimento a scanso di inutili ripetizioni. Solo avvertiremo qui che non sarà mai soverchia la diligenza che si dovrà usare nel redigere l'istanza della prenotazione, e specialmente nel conchiuso della medesima, nel quale si devono curare tutte le indicazioni che sono necessarie ad una compiuta inscrizione ipotecaria, nello stesso modo come si stenderebbero le note per l'inscrizione ordinaria. Quindi saranno debitamente designate le persone del creditore e del debitore; la proprietà; la natura, l'importo, il titolo e gli accessorii del credito: scrupolosamente descritti gli stabili che si vogliono prenotati. Se alcuna di queste necessarie menzioni fosse intralasciata, il giudice sarebbe autorizzato a restituire l'istanza; e se un creditore chiedesse la prenotazione sopra un'eredità, dovrebbe specificare gl'immobili che vi si comprendono; perchè la sovrana Risoluzione 9 maggio 1846 dichiarò: « che al creditore dell'erede, giusta il § 822 del Codice civile generale possa essere accordata soltanto sui singoli oggetti ereditarii, e non sul diritto ereditario in genere, il sequestro, il pignoramento o *la prenotazione* (1) ». Lo stesso § 4 lett. *b* aggiunge come debba farsi l'indicazione dell'oggetto da prenotarsi, quando consistesse in un credito ipotecario: ma del subingresso e del suppegno ci riserviamo di trattare per disteso nei §§ LI-LIV.

(1) Pubblicata colla Notif. gov. lombardo-veneta 10 agosto 1846. Circolare d'Appello veneto 25 giugno 1846. Mattei, al Codice civ. aust. tom. 2. pag. 550. num. 7.

## § XXXV.

All' istanza di prenotazione deve di regola unirsi il documento ossia il titolo originale da prenotarsi. Nel solo caso che per qualche impedimento non potesse allegarsi all' istanza il documento originale, la prenotazione può accordarsi dal giudice anche in base d' una copia legalizzata: ma per eseguirla si richiede sempre la successiva presentazione dell' originale all' ufficio delle ipoteche, senza il quale non è permesso al conservatore di inscrivere la prenotazione nei suoi registri.

§ 5. *Notif. gov.* 27 e 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. Il titolo creditorio si presenta al conservatore nel solo caso che non fosse stato esibito al giudice in forma autentica.

**1.** Perchè il giudice possa credersi abilitato a concedere la prenotazione per alcuna delle cause indicate nel superiore § XXXI, deve aver sott' occhio il documento che accerta il diritto del creditore. È quindi necessario che alla istanza di prenotazione si aggiunga il documento o titolo originale da prenotarsi.

Possono accadere de' casi urgenti in cui non fosse possibile al creditore di presentare al giudice il documento originale: e in questi casi la legge gli facilita il modo di provvedere sollecitamente al suo interesse, non derogando tuttavia al principio che alcuna prenotazione si conceda senza una certa qual probabilità sul diritto del creditore. Gli permette cioè di chiederla, e ingiunge al giudice di accordarla quando quegli presenti a questo una copia legalizzata del documento; ma esige positivamente che il creditore, per ottenere la iscrizione del decreto del giudice, presenti successivamente con questo l' originale di quel documento all' ufficio delle ipoteche: senza il quale non è permesso al conservatore d' iscrivere la prenotazione ne' suoi registri (1). In questo caso il conservatore funge l' ufficio del giudice, in ciò che egli è chiamato ad esaminare se il titolo

(1) Disposizione corrispondente al § 18 lett. a della Patente sovrana 22 aprile 1784 sul regolamento delle tavole provinciali per la Boemia e la Moravia: Nippel, *comento* al § 453 n. 11. Ellinger, *Manuale del Cod. aust.* § 453.

creditorio che si vuole inscrivere abbia una forma autentica non solo, ma originale. Fuori di questo caso, non crederemmo che al conservatore debba premere di esaminare altri documenti, fuorchè il decreto del giudice e le indicazioni contenute nell'istanza relativa: poichè ivi si contiene tutto quanto s'aspetta al titolo ipotecario. La presentazione del titolo creditorio saria superflua dopo che fosse stata fatta al giudice nella sua forma regolare (1).

Soggiunge Amati, che se il documento in forza del quale si chiede la prenotazione fosse esteso in lingua estera, il giudice possa esigere che sia presentato coll'originale anche una traduzione degna di fede nella lingua nazionale (2). Opinione ragionevole. In riguardo agli atti notarili bastano le copie autentiche, e in riguardo agli altri atti pubblici bastano le relative copie vidimate a sensi dell'aulico decreto 16 settembre 1817 n. 2099: cioè verificate dal giudice o dal notajo (3).

## § XXXVI.

Tosto che viene presentata una istanza di prenotazione, il protocollista degli esibiti, o chi ne fa le veci, deve segnarla e registrarla in presenza della parte, a cui sopra ricerca verrà data una ricevuta nei modi soliti, e deve trasmetterla immediatamente al relatore o giudice incaricato della spedizione, il quale dovrà in ciò procedere colla sollecitudine prescritta per gli affari d'urgenza in cui può verificarsi pericolo per la mora.

§ 7 *Notificaz. govern.* 27 e 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. Ragione del §.

**1.** Questa formalità, che il protocollista debba rilasciare al presentatore dell'istanza di prenotazione una ricevuta nei modi soliti, ha una speciale importanza nel sistema tavolare, nel quale la prelazione di tempo e di diritto inerente alle iscrizioni e prenotazioni comincia a decorrere dall'attimo di quella presentazione, si regola col numero anteriore dell'esibito (4).

(1) E crediamo d'argomentarci da ciò, che nel seguente § XXXVIII non si dice che il conservatore debba esaminare i documenti allegati nell'istanza. Con ciò eliminiamo quella apparente antinomia che accusammo nel n. 1. del § XXIV.

(2) Manuale delle ipot. art. 5 pag. 42.

(3) Aul. Decr. 5 novembre 1824. Mattei, al Codice civ. tom. 2. pag. 534. § 5 della suddetta Notificazione.

(4) Nippel, *comento* al § 440 num. 7 e al § 451 num. 4. Codice civile austr. Anche Winiwarter, *Dir. civ.* vol. 2. § 130, dopo qualche ambage, in notis cita la sovrana Risoluzione 23 aprile 1839 che conferma questa dottrina. Ellinger, man. del Dir. civ. aust. al § 431, allude senza dubbio al sistema tavolare.

e non veramente, come vedremo nei successivi §§ XXXVIII e XLVII, dal giorno della presentazione delle note all'ufficio ipotecario, come si costuma nel nostro sistema. La prima parte adunque del presente § è alquanto oziosa. La seconda parte, nel mentre conferma maggiormente la verità del rillevo fatto, vale pure nel nostro sistema; perchè il giudice dee evadere l'istanza colla sollecitudine maggiore possibile, appunto perchè la efficacia della prenotazione comincia a determinarsi solo allora che il suo decreto evasivo attergato alle istanze della prenotazione venisse presentato all'ufficio ipotecario.

## § XXXVII.

Se il giudice trova giusto di accordare la prenotazione, deve esprimerlo in un decreto da attergarsi a tutti gli esemplari dell'istanza ed alle rubriche, con ordine all'ufficio delle ipoteche di darvi esecuzione. Questo decreto deve farsi intimare come ogni altra petizione alle rispettive parti ed anche al proprietario dell'immobile su cui gravita il credito ipotecario, a carico del quale venisse presa la prenotazione. Alla parte istante debbonsi restituire due degli esemplari dell'istanza portanti a tergo il decreto insieme ai prodotti documenti.

§ 8. *Notificaz. govern.* 27 e 28 *aprile* 1824.

## § XXXVIII.

La parte istante presenterà all'ufficio delle ipoteche i due esemplari dell'istanza coi documenti relativi, e questo ufficio dovrà eseguire la prenotazione nei registri destinati per le iscrizioni ordinarie e coi metodi per quelle vigenti, trascrivendo nei medesimi l'intiera istanza coll'attergatovi decreto e numero relativo del protocollo come è prescritto per le note d'inscrizione, e restituendo poi alla parte i prodotti documenti unitamente ad un esemplare dell'istanza portante in calce il solito certificato d'inscrizione.

§ 9. *Notificaz. govern.* 27 e 28 *aprile* 1824.

SOMMARIO.

1. La prenotazione acquista al creditore un diritto reale, quando il decreto del giudice è presentato al conservatore.

1. Il § 10 della Notificazione 28 aprile 1824, che ci riserviamo di spiegare sotto il § XLVII, importa seco il principio generale consecrato dagli articoli 2134 e 2147 del Codice civile francese, cioè l'effetto e la priorità della iscrizione e della prenotazione principiano dal giorno in cui viene eseguita nei registri delle ipoteche. E Basevi nella chiosa al § 453 del Codice civile adduce per motivo di questa legge, che la prenotazione segua la natura dell'iscrizione, la quale non prende vigore se non quando è effettivamente operata.

## § XXXIX.

Quando il giudice crede che non sia il caso di accordare la prenotazione, atterga il corrispondente decreto negativo ad uno degli esemplari dell'istanza, e lo restituisce insieme a tutte le altre carte alla parte istante.

Chi si crede gravato da un decreto di prima istanza che accorda, ovvero che ricusa la prenotazione, può ricorrere al superior tribunale. Tale ricorso dev'essere presentato, entro il termine di rigore di otto giorni continui computabili dalla intimazione del reclamato decreto, al giudice di prima istanza che lo ha pronunciato, e questi lo inoltrerà senz'alcuna dilazione colle proprie osservazioni al tribunale superiore, il quale deve pronunciare e spedire la sua decisione con la medesima sollecitudine. Il ricorso contro un decreto che accorda la prenotazione non sospende intanto l'esecuzione del decreto medesimo. In egual modo si procede quando può aver luogo il ricorso in revisione, il quale deve sempre presentarsi alla prima istanza

§§ 11 e 12 *Notificaz. governat.* 27 e 28 *aprile* 1824.

SOMMARIO.

1. Il debitore deve appellarsi contro le irregolarità del decreto.
2. Se anche il creditore debba appellarsi o se possa chiedere altre volte la stessa prenotazione, senza che gli sia d'ostacolo la cosa giudicata.

**1.** Al decreto del giudice, col quale si concede la prenotazione, la legge dei §§ 438 e 453 del Codice civile attribuisce questa virtù, che il creditore per esso acquista un diritto condizionato di pegno, dal giorno in cui fosse stato prenotato dal conservatore. Questo diritto di pegno condizionato, ove sia poi giustificato il credito per mezzo della successiva sentenza, diventa assoluto fino dal tempo in cui venne inscritto la prima volta. Contro l'efficacia di questo decreto il debitore o il possessore del fondo prenotato può appellarsi nel termine di rigore di otto giorni continui, computabili dalla intimazione del reclamato decreto: lo dice il § 12 della Notificazione che comentiamo. Se il debitore proprietario lasciasse trascorrere questo termine, non potria poscia nel successivo giudizio di giustificazione opporre alcuna eccezione contro la regolarità del decreto medesimo: come fu ordinato nell'articolo 88 delle discipline diramate dal Senato lombardo-veneto coll'aulico decreto 4 marzo 1823 (1), nel quale leggiamo: « nei casi di prenotazione, secondo il nuovo Codice, la petizione da presentarsi entro 14 giorni *deve trattare il merito della pretensione per cui la prenotazione si concesse*, e non già occuparsi della forma o regolarità del decreto che accorda la prenotazione; decreto contro cui sta aperto il ricorso d'appello. »

Questa prescrizione è però assai limitata, e non sembrerebbe proibire che nel secondo giudizio non si prendesse ad esame l'eccezione, che la prenotazione fosse perenta dalla legge per un'anteriore ipoteca convenzionale, o impedita da un patto anteriore: cose che vedremo nel § seguente.

**2.** Se la domanda di prenotazione venne respinta in prima istanza e non s'appellò il creditore, ovvero appellatosi restò soccombente, potrà egli in processo di tempo rinnovare la domanda ad onta della cosa giudicata? Sembra di sì: perchè la rejezione del giudice in questo caso è piuttosto relativa che assoluta, dilatoria che perentoria: siccome quella che non verte già sulla verità d'un credito o d'un diritto speciale: chè la legge stessa è quella che fornisce il titolo ipotecario; ma verte sull'apparato più o meno sufficiente delle prove estrinseche d'un credito: dimodochè può darsi che oggi non si possa provarlo, e domani lo si possa agevolmente. Valga eziandio per argomento ciò che vien stabilito nel seguente § XLIV.

(1) Pubblicata colla ordinanza dell'Appello lombardo 9 aprile 1823.

## § XL.

A chi ha ottenuta la prenotazione incumbe l'obbligo di giustificare, mediante produzione d'un formale libello, il titolo e la realtà dei prenotati suoi diritti, e questo libello, ove non si presenti contemporaneamente all'istanza di prenotazione, ovvero non sia già pendente la causa sul diritto a cui riguarda la prenotazione, dev'essere presentato, entro quattordici giorni continui computabili dal giorno della intimazione di quel decreto che accorda la prenotazione, a quel giudice competente per la persona del debitore e per la materia relativa, che si avrebbe dovuto adire se non fosse seguita veruna istanza di prenotazione. Sarà però libero all'attore di presentare in vece il detto libello a quel giudice che sarebbe competente se il reo convenuto tanto nazionale che straniero si trovasse stabilmente nel luogo ove giace l'immobile, sul quale è seguita la prenotazione, ovvero sul quale è ipotecato il credito, su cui gravita la prenotazione. Per validi motivi può accordarsi una proroga alla produzione dell'accennato libello, ed in questo caso deve il giudice mediante il duplo e le eventuali rubriche renderne intesa la parte avversaria.

§ 13. *Notif. gov.* 27 *e* 28 *aprile* 1824.
§ 55. *Norma di giurisdizione* 20 *novembre* 1852.

## § XLI.

Allorchè la causa di giustificazione venisse trattata avanti un giudice diverso da quello che ha accordata la prenotazione, la parte che l'ha ottenuta dovrà entro lo stesso termine di quattordici giorni continui giustificarsi presso di questo di avere proposta in tempo la sua azione avanti il giudice competente.

§ 16. *Notif. gov.* 27 *e* 28 *aprile* 1824.

## SOMMARIO.



1. Dissimo coll'articolo 88 delle istruzioni recate dall'aulico Decreto 4 marzo 1823, e vediamo coi §§ 13 e 16 della Notificazione 28 aprile 1824, e coi combinati §§ 439-433 del Codice civile, como il creditore che ha ottenuta la pronotazione col primo decreto debba presentare una regolare petizione tendente a giustificare *il merito*, ossia il titolo e la realtà del prenotato diritto creditorio, e non debba nè possa in questo momento processuale occuparsi della forma o regolarità del decreto che accorda la prenotazione: decreto contro di cui stette aperto il ricorso all'appello.

Se per ottenere il primo decreto viddimo bastare un documento che con plena o semipiena virtù probatoria desse al giudice una sufficiente persuasione sull'esistenza d'un diritto creditorio, e non richiedersi una più alta indagine, nella quale si saria speso un tempo prezioso alla pronta assicurazione di esso: era però necessario che la persuasione e la probabilità si convertisse in certezza, mediante un'adequata e posteriore cognizione di causa. Se la concessione del primo decreto ha il carattere di una misura provvisionale, e attribuisce al creditore un diritto eventuale e condizionato: la posteriore cognizione deve confermare quella coll'apparato d'un ordinario e formale giudizio.

Questo o può instituirsi contemporaneamente alla domanda della prenotazione, o può essere già stato instituito dapprima, o lo deve essere posteriormente entro un dato termine. In ogni caso deve il creditore procurare che tra l'uno e l'altro giudizio si conservi una comunicazione, che è necessaria che faccia d'ambedue un tutto individuo: attribuisca cioè al primo decreto l'efficacia sua intenzionale, e nel secondo giudizio ottenga la desiderata definitiva ipoteca E questo si ottiene coll'avvertire il giudice, che emise il primo decreto, della pendenza o della successiva promozione del giudizio di merito; senza di che dopo il termine prefinito dalla legge quel decreto e la relativa iscrizione potriano ad istanza dell'interessato debitore essere cassati. Eppereiò, se presso lo stesso giudice autore del primo decreto o presso altri giudizii civili ed amministrativi fosse pendente la causa di merito, basteria, anzi si dovrebbe nella stessa istanza di prenotazione accennare a siffatta precedenza. Egualmente si dee fare nel caso d'una contemporanea presentazione delle due istanze.

Nel caso che il libello di giustificazione fosse posteriore distinguiamo: o lo si presenta allo stesso giudice che è autore del primo decreto, e siccome il creditore con questa seconda istanza accenna e accennar deve all'intenzione sua di voler confermata l'ottenuta prenotazione, si ha quindi un diretto riferimento; o lo si presenta ad un altro giudice, e nel presente § XLI si prescrive che il giudice autore del primo decreto debba esserne avvertito in tempo utile.

La correlazione stabilita tra questi due giudizii, il preparatorio e il definitivo, fa sì che ne costituisca come un foro continuato. Quindi fu giudicato che, se avesse ottenuta una prenotazione un padre qual rappresentante del suo figlio minore, possa egli stare nel giudizio di liquidità anche dopo che il figlio sia divenuto maggiorenne: sentenza 18 febbrajo 1851 del tribunal civile di Milano, e 28 giugno 1851 dell'Appello lombardo (1). Fu pure giudicato col decreto d'Appello 16 settembre 1852 che, se la prenotazione fu concessa in confronto d'un curatore del debitore assente e d'ignota dimora, può il creditore procedere nel giudizio di liquidità contro il curatore stesso, senza aver bisogno d'una speciale destinazione d'un altro (2).

La correlazione e individualità di questo giudizio, non riguarda solo il riferimento degli atti di causa, e la consistenza delle parti contendenti; ma deve osservarsi eziandio in riguardo al credito, la cui giustificazione è complemento dell'efficacia intenzionale del primo decreto. Perciò fu giudicato in Appello con sentenza 31 gennajo 1853 in riforma della sentenza 25 ottobre 1852 di prima istanza, doversi cancellare una prenotazione chiesta per lire 10346. 40, come capitale dell'annualità di fitto di lire 400, e doversi ridurre ad una sola annualità, perchè nel giudizio di liquidazione non era stata proposta nè liquidata che questa sola annualità. Questa sentenza d'Appello fu confermata in revisione con decisione 28 aprile 1853 (3). Fu eziandio licenziata una domanda di conferma, perchè nel successivo giudizio l'attore non seppe provare il titolo e la quantità del suo credito: sentenza 8 marzo 1854 del giudizio distrettuale di Sechshaus, confermata dall'Appello di Vienna il 18 ottobre dello stesso anno (4).

La domanda di conferma suppone che la prenotazione fosse stata chiesta in modo legittimo e contro i legittimi contraddittori. Ma se fosse stata chiesta e concessa in confronto del curatore d'una eredità come giacente, nel mentre era già stata aggiudicata agli eredi, non si confermerebbe anche se la domanda di conferma fosse stata proposta contro cotestoro.

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 1. 1851 num. 66.

(2) Gazzetta de' Tribunali, an. 1852. n. 83. Mattei, al § 471 appendice 2. § XIII, n. 4.

(3) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 3. 1853. num. 84.

(4) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 6. 1854. num. 156.

Così fu giudicato in prima istanza con sentenza 8 luglio 1849, confermata dall' Appello lombardo (1).

**2.** Il libello per la giustificazione della realtà ed esistenza del credito dovria essere di regola presentato al foro personale del debitore. « A questa regola, scrive l'egregio commentatore Nippel, si era già fatta una eccezione col decreto aulico 23 ottobre 1802 riguardo ai forastieri dimoranti fuori della monarchia austriaca; il qual decreto dichiara che, siccome rispetto al patrimonio stabile il forastiero ha da essere considerato come suddito, così dev'essere in facoltà del prenotante di produrre la petizione per giustificazione a carico del medesimo o avanti il giudice personale nel luogo di dimora del debitore, o avanti quello, cui il convenuto sarebbe soggetto se dimorasse nella provincia, in cui è situato il bene colpito dalla prenotazione. E nel successivo decreto aulico 8 ottobre 1819 si dispone d'avvantaggio come segue: all'oggetto d'agevolare ai creditori la realizzazione dei loro diritti assicurati sopra beni immobili contro debitori assenti, e di allontanare ogni difficoltà nell'esazione del credito, anche nel caso di mutamento del domicilio e del foro ordinario del possessore dell'ipoteca, viene concesso a tali creditori con pegno il diritto di produrre la petizione dei crediti inscritti o prenotati nei libri pubblici, senza riguardo al domicilio del debitore, avanti quel giudice cui il medesimo sarebbe soggetto per le sue qualità personali, ove egli dimorasse nel luogo in cui è situato l'immobile dato a pegno. In conseguenza di che deve essere libera la scelta al creditore, il cui debitore dimora fuori del distretto giurisdizionale di questo giudice, di far uso del diritto concedutogli da questa ordinanza, o di convenire il debitore presso il di lui giudice ordinario » (2).

Codesta massima è consecrata nel Regno lombardo veneto dal § 12 della Notificazione 28 aprile 1824 (§ XL), e trovasi consecrata dal § 55 della Norma di giurisdizione pubblicata per queste provincie dalla sovrana Patente 20 novembre 1852. Così fu ritenuto dal Senato lombardo veneto colla decisione 24 aprile 1850 in riforma ai contrarii decreti di prima e seconda istanza: essere in facoltà del creditore di presentare la petizione per la conferma di una prenotazione al foro *rei sitæ*, anzichè al foro personale eccezionale del debitore appartenente alla milizia (3).

Ma è sempre libero al creditore di chiedere la constatazione e liquidità del suo diritto creditorio e quindi la giustificazione della prenotazione

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 5. 1855, num. 38.

(2) Nippel, *comento* al Codice civ. § 453, num. 6. Winiwarter, sotto questo § 453, vorrebbe che questo aulico Decreto alluda solo ai decreti prenotati che furono confermati. Ma la parola *prenotati* può bene riferirsi anche ai crediti semplicemente prenotati. Anzi il senso letterale specifico escluderebbe quei crediti che fossero confermati: perchè allora non sono differenti dagli altri ipotecarj.

(3) Giornale delle scienze politico legali an. 1850. p. 674. Mattei, al § 471 append. 2. § XIII. num. 3.

davanti al giudice personale del debitore. Chi può il più può il meno. Quindi avviene che se i tribunali di commercio non sono autorizzati a concedere prenotazioni, possono però essere richiesti a ventilare il giudizio di liquidità, quando la materia del credito o la qualità personale delle parti il permetta. Però, nel caso che il creditore declinando dal foro reale adisse il foro personale del debitore, deve osservare le prescrizioni relative in proposito. Ei non potrebbe adire il tribunal di commercio invece de' tribunali civili, od un tribunale invece d'una pretura urbana, quando per ragion di materia o per giurisdizione personale si dovesse praticare altrimenti. La legge accorda solo la scelta tra i due generi di foro, il reale o il personale; ma non patisce un ulteriore arbitrio. Così pure, se il foro reale e il foro personale fossero rappresentati da un tribunale e da una pretura risiedenti nella stessa città, mancherebbe la ragione per la quale la legge attribuisce la scelta al creditore: allora, essendo veramente l'azione per la liquidità del credito un'azione personale, dovriasi adire esclusivamente il giudizio competente per la materia e la persona: come fu giudicato dall'Appello (veneto?) col decreto 31 gennajo 1854, n. 1638 (1).

Il suddetto § 13 della Notificazione 28 aprile 1824 riservava la facoltà al Fisco di presentare questo libello al foro suo ordinario del tribunal provinciale: ma la nuova Norma di giurisdizione lo ha assoggettato al diritto comune, come si vede dall'articolo VI dalla patente promulgatrice della medesima.

E questo valga pei casi ordinarj, nei quali la causa di giustificazione deve proporsi e trattarsi presso i giudici della giustizia civile. Ma nel caso che i crediti dipendessero da un giudizio amministrativo, come avviene nella procedura penale per contravvenzioni alle leggi di finanza, questa stessa procedura varrebbe in luogo del giudizio civile ordinario giustificativo della prenotazione: come si ha nella Circolare 26 marzo 1839 del tribunale d'appello lombardo (2).

**3.** Il termine prefinito alla presentazione del libello giustificativo del credito prenotato è di quattordici giorni continui, computabili dal giorno della intimazione del primo decreto. Questo termine però non è perentorio, ma si può prorogare per validi motivi, facendone istanza al giudice, e rendendone avvertita la parte avversaria. Così prescrive il § 13 della sovraccitata Notificazione 28 aprile 1824 (3). Ed il § 52 della nuova Norma

(1) Beretta, *giorn. di giurispr. prat. di Venezia*, an. VII. 1854. num. 16 a 17 p. 325. Gazzetta de' Tribunali di Milano, an. 4. 1854, n. 124 e 125.

(2) Cui corrisponde la Circolare 27 marzo 1839 nell' App. veneto.

(3) Prescrizione contenuta anche nel Decr. aul. 18 novembre 1796. Ellinger, *manuale del Dir. civ. aust.* § 455. Nippel, allo stesso §, n. 7.

di giurisdizione determina che questa istanza di proroga debba essere presentata al giudice reale, ossia a quegli che accordò la prenotazione.

Chè anzi, secondo il decreto 28 maggio 1850 n. 7395 del tribunale d'appello si ritenne che questo termine non sia perentorio, e si intenda tacitamente prorogato fino a quel giorno inclusivamente, nel quale la parte contraria incomincia ad usare del diritto che le deriva dalla scadenza del termine: applicabile essendo a ciò la disposizione del § 514 del Regolamento giudiziale (1). Quindi se per esempio due mesi dopo ottenuta la prenotazione il debitore, a termini del seguente § XLIII, ne chiedesse la cancellazione, ed oggi stesso il creditore presentasse il libello di liquidità del credito prenotato, od una istanza di proroga debitamente documentata, questi e non quegli dovriasi esaudire.

**4.** Dobbiamo da ultimo cercare cosa si debba dedurre, e quali eccezioni si possano opporre in questo giudizio. Nel § precedente è detto che al creditore s'aspetta di provare *il titolo e la realtà dei prenotati suoi diritti*. Vuol dunque la legge che col titolo si provi la causa del debito, e che questo sia reale, cioè tuttodì sussistente e vero. Dev' egli dunque proporre a giudicare che sia riconosciuta la verità del suo credito. A questa domanda può aggiungere quella del pagamento, se il credito è scaduto, e quelle altre domande, che a sensi del § 4 del Regolamento giudiziario si possono combinare assieme in una sola petizione. Dicemmo col § 88 del decreto aulico 4 marzo 1823 (2) che in questo giudizio si deve trattare il merito della pretensione per cui la prenotazione si concesse, e non già occuparsi della forma e regolarità del decreto che accorda la prenotazione; decreto contro cui sta aperto il ricorso d'appello. Il debitore non potrà quindi rinvenire sul decreto della prenotazione. Egli ha diritto solo ad opporsi alla domanda del creditore, ed impedire colle sue eccezioni che sia riconosciuto *il titolo e la realtà* del credito prenotato.

Potrà egli impedire la conferma della prenotazione niegando la liquidità del credito, nel caso che la prenotazione fosse stata concessa per un credito eventuale, valutato approssimativamente dal creditore? Non esiteressimo a negarlo, se non avessimo veduto nel superiore § XXXI n. 4, 3.° caso, che il tribunale d' appello colla sentenza 25 settembre 1846 non l'avesse permesso, e non avesse tolta di mezzo una prenotazione conceduta per simile titolo creditorio illiquido. Eppure non possiamo accettare questa dottrina; la quale prima di tutto non sarebbe in armonia con quello che nel luogo citato stabilimmo, che cioè una prenotazione può benissimo concedersi al pari d'una inscrizione ordinaria sovra un credito eventuale incerto e quindi illiquido. Solo può rifiutarsi in alcuni casi nel

(1) Beretta, *Giorn. di Giurispr. prat. di Venezia*, an. 3. 1850. num. 25.

(2) Vedi circolare d' Appello lombardo 2 aprile 1823.

primo giudizio, quando concorra alcuna delle limitazioni che abbiamo dedotte. L'essere illiquido un credito non impedisce che sia prenotabile: e se è prenotato e il decreto della prenotazione è passato in cosa giudicata, il creditore ha acquistato definitivamente un titolo, e colla prenotazione una ipoteca, che non si può torre ove non sia dichiarato insussistente il credito.

In secondo luogo si avvertirà che, se si potesse nel giudizio di conferma rinvenire sulla critica del primo decreto, si contraverrebbe al disposto delle leggi che citammo, tra le quali ci ha anche il § 483 del Codice civile, per cui il creditore non deve fare altro che giustificare il credito.

In terzo luogo, se fosse lecito il contrario assunto, siccome il creditore può e deve talvolta adire il giudice personale del debitore; avverrebbe che questo giudice s'arrogherebbe l'autorità di sindacare l'operato del giudice reale, autorità che è demandata soltanto ai tribunali superiori. Stimiamo adunque che il debitore, il quale ad onta della sussistenza del debito volesse impedire la prenotazione, dovrebbe appellarsi del primo decreto nel termine rigoroso di otto giorni, siccome stabilimmo di sopra.

Però ci sembra che anche nel successivo giudizio di conferma potrebbe venire contro il primo decreto qualificandolo come surrettizio od orretizio: allegando cioè che la prenotazione fosse stata proibita per un patto, od impedita dalla legge per una precedente ipoteca convenzionale: circostanze che per esser state sottaciute dal creditore nel suo libello, non poteano essere considerate nel primo giudizio.

## § XLII.

Quando la parte che fece eseguire la prenotazione ottiene in suo favore una sentenza definitiva nella causa suddetta, e produce colle due prescritte note la sentenza stessa passata in giudicato all'ufficio delle ipoteche, questo ne fa la relativa inscrizione e l'annotamento in margine alla prenotazione, la quale deve così valutarsi e riguardarsi in tutti i suoi effetti come ogni altra iscrizione ottenuta secondo le norme delle vigenti leggi ipotecarie.

§ 15. *Notificazioni govern.* 27 *e* 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. La prenotazione iscritta attribuisce un diritto reale condizionato.
2. Se la prenotazione iscritta in tempo utile si possa confermare dopo aperto il concorso sui beni del debitore. Esame dei giudicati negativi.
3. Segue. Esame delle dispute forensi.
4. Segue. Giudicati e conclusione affermativa.

1. La nozione fondamentale di tutte prenotazioni stabilita nei §§ 438 e 453 del vigente Codice civile importa che la prenotazione ipotecaria attribuisce un diritto reale, che è condizionato alla successiva giustificazione del medesimo. Molti e gravissimi corollarii si traggono da questo principio. Il primo e più importante è questo, che la giustificazione del credito constatato dalla sentenza del giudice costituisca quell'evento e quel fatto che risolve in un diritto puro e certo il diritto reale condizionale acquisito colla prenotazione.

Per secondo corollario ricaviamo altresì che la sentenza del giudice che afferma la verità del credito prenotato è causa sufficiente per confermare la prenotazione.

Per terzo corollario inferiamo che la seconda iscrizione od annotamento di conferma in base a siffatta sentenza liquidatrice, prescritta dal superiore § 15 della Notificazione gov. 28 aprile 1824, non interessa punto l'acquisto del diritto reale prenotato, ma serve soltanto a mettere in avvertenza il conservatore della seguita conferma della prenotazione, e ad impedire che per sorpresa ed errore venga ad essere cancellata, come non avesse mai ottenuta la giudiziale conferma. Inferiamo da ultimo che qualsiasi inesattezza che si trovasse in questa seconda iscrizione potria sempre essere supplita dalla regolarità della prima, quando quella non fosse per anco scaduta.

E nel principio e nei dipendenti corollarj convengono i migliori giureconsulti austriaci. Il consigliere Zeiller al § 453 del Codice civile scriveva: che l'effetto della prenotazione si è di acquistare un diritto di pegno condizionato, il quale per altro, ottenuta che siasi la giustificazione, cangiasi in diritto assoluto di pegno *retroattivo* al momento dell'istanza di prenotazione prodotta nelle vie legali. E sotto il § 438, parificando la prenotazione della proprietà a quella del credito, aggiunge a conferma del nostro primo corollario: che il prenotante ha un diritto di pozioritá su tutti quelli inscritti o prenotati dopo di lui. Ed a conferma del secondo e terzo corollario soggiunse pure: che in appresso il prenotante non ha bisogno d'iscrizione, ma di una semplice annotazione della prova successivamente esibita (1).

E Nippel soggiunse professando il nostro principio: acciocchè il creditore non perda la cauzione del proprio credito per difetto di una semplice formalità, il Legislatore providde coll'istituzione della prenotazione; l'essenza della quale consiste in ciò, che con essa si acquista soltanto un diritto di pegno condizionato, la cui efficacia dipende dall'adempimento della determinata condizione. Se questa si adempie, il diritto di pegno diviene operativo, come se si fosse prodotto sin dal principio

(1) Opinione adottata dall'Amati. Manuale delle ipot. art. 5. pag. 37. E l'avv. Manini nel Giorn. per le scienze politico legali, tom. 2. pag. 259 e seg. dimostra lucidamente la verità di quest'ultimo corollario.

un documento qualificato per l'iscrizione: in caso contrario cade ogni diritto di pegno, come se la domanda del creditore fosse stata sin dal principio rigettata (1). Analoga a questa è pure l'opinione del Winiwarter, il quale argomentando parimente dalla prenotazione della proprietà a quella della ipoteca (2) insegna: la certezza che al prenotato competa l'azione alla proprietà dev'essere dopo la prenotazione comprovata giuridicamente, *ed in questo appunto consiste la condizione*, sotto la quale viene essa accordata. Che se poi dalla sentenza del giudice resti deciso competere effettivamente al prenotato la proprietà, e tale sentenza sia già passata in giudicato, la prenotazione dovendosi tenere come giustificata retrotrae il proprio effetto sino all'epoca in cui ne venne regolarmente prodotta la domanda: di modo che l'effetto è appunto il medesimo come se si fosse senz'altro conceduta l'intavolazione al momento in cui la domanda stessa ebbe luogo (3).

Considerando la giustificazione del credito dopo la prenotazione come l'avvenimento della condizione, si viene a completare e realizzare questo vero formale: che tutti e singoli gli elementi che compongono l'ipoteca possono essere condizionali.

Condizionale può essere l'obbligazione principale per cui si dà l'ipoteca: il mostrammo sotto il § VI. num. 3. Condizionale può essere la proprietà sulla quale si posa l'ipoteca: il dicemmo nella trattazione dei §§ XIV e XV. Condizionale può essere il titolo: il vedemmo sotto il § XIX, num. 6 e lo vediamo in questo Capo della prenotazione ove il titolo concesso dal giudice direttamente e indirettamente dalla legge è condizionato alla constatazione del credito.

Condizionale finalmente è anche l'iscrizione sotto la forma apposita della prenotazione.

Il che equivale a dire l'ipoteca nascere e produrre i civili effetti appena che i suoi elementi costitutivi sieno posti in modo che si possano conoscere, ma non determinare a tutta prima, perchè la di loro cognizione perfetta è sospesa per la tardità stessa della conoscenza umana. Il diritto stesso è un ente morale che esiste ancor prima di venire alla conoscenza: e solo dopo arrivatovi per intero ottiene la purezza necessaria ai diritti incondizionati. O in altri termini: il diritto prodotto dalla prenotazione è ipotetico. Se voi siete creditore, dice il giudice, vi dò l'ipoteca. Dal dì della prenotazione il creditore l'ottiene se è veramente creditore. Se è veramente tale con tutta ragione può essere assicurato. Ma per dire che sia veramente creditore bisogna cercare e vedere perchè e come lo sia. Se si si trova dappoi che egli era tale, l'ipoteca prenotata sta: la forma ipotetica o condizionata della prenotazione dà luogo alla forma concreta d'un diritto attuale e certo. Il giudice dice: voi eravate creditore; v'ho dunque concesso una

(1) Nippel, *comento al Codice civ.* § 455. num. 1.

(2) Winiwarter, al § 455. n. 142.

(3) Winiwarter, al § 438. n. 128.

prenotazione a buon diritto. Se si trova invece che non era creditore, allora la prenotazione cade come cosa vana.

**2.** Poste queste premesse veniamo ad assistere alla quistione se l'apertura del concorso impedisca alla prenotazione inscritta prima di essa di confermarsi. Noi opiniamo senz'altro per l'affermativa: perciocchè avendo premesso che la semplice prenotazione attribuisce un diritto reale di pegno condizionato, concludiamo colla lettera del § 453 del Codice civile che, ove sia per sentenza giustificato il credito prenotato, quel diritto reale diventi assoluto retroattivamente alla data della prenotazione stessa. L'aprimento del concorso non impedisce la giustificazione del credito, anzi la promuove e l'accelera; non impedisce che questa giustificazione si faccia nel modo prescritto nei §§ 438 e 439 del Codice civile; cioè per sentenza di giudice: non impedisce quindi che la condizione si purifichi, e il diritto condizionato divenga assoluto fin dall'origine sua. Questa soluzione ci sembra ed ovvia e certa. Ma per aver essa un carattere di semplicità e di evidenza non ne consegue che la quistione proposta non fosse stata un soggetto di dispute rumorose: tanto più che la materia delle prenotazioni soffrì e soffre tuttora una profonda antipatia presso i nostri prammatici, e versa in una risentita oscillazione in ambedue i suoi aspetti della teoria e della pratica (1).

Vediamo cosa si è detto in proposito, cominciando dai giudicati.

La sentenza 6 febbrajo 1848 n. 241 d'una pretura veneta decise negativamente la tesi proposta, e fu confermata dall'Appello veneto il 16 ottobre 1849, e dalla decisione 24 aprile 1850 del Senato lombardo veneto, che rigettò il ricorso contro quei conformi giudicati (2). Non conosciamo di essi che i motivi usciti dalla prima istanza, e che importano questo ragionamento.

« Per il § 15 della Notificazione governativa 27 aprile 1824 (che equivale al presente §), la prenotazione diventa iscrizione col simultaneo concorso de' tre requisiti seguenti: che essa sia stata inscritta; che sia confermata; che della conferma si sia fatto un annotamento in margine. Se manca uno solo di tali requisiti, la prenotazione non diventa iscrizione, non conferisce ipoteca. Al tempo dell'apertura del concorso non ci avea ipoteca, perchè la prenotazione non era stata confermata, nè iscritta la seconda volta. Queste due pratiche non si potevano conseguire durante il concorso, perchè pel § 83 del Regolamento giudiziario in quel tempo non si può ottenere alcuna assicurazione. Quando si apriva il concorso

(1) Questa osservazione è giustificata da ciò che dice Basevi nell'articolo da lui inserito nel Giorn. per le scienze politico legali, tom. 2. pag. 539. 540, ove dice che la prenotazione essendo *contra rationem juris*, la si dee praticare molto stentatamente. E con lui pressochè tutti gli altri che abbiamo annoverato fra i nostri avversarii, e molti giudicati allegati di sopra dissero lo stesso.

(2) Beretta, *Giorn. di Giurispr. prat.* an. 3. 1850. num. 23.

il creditore non avea un *puro* diritto d'ipoteca. Se ogni atto posteriore a quel tempo era nullo, quell'ipoteca non poteva purificarsi ».

Questa motivazione non può essere accettabile senza cancellare dal Codice civile il § 453, e senza distruggere tutto il sistema delle prenotazioni. Distrugge il § 453; perchè, se fosse vero che non ci ha ipoteca per prenotazione se non *quando* concorrano que' tre requisiti, il Legislatore avria errato nello stabilire ivi che giustificato il credito per sentenza di giudice, il diritto di pegno diventi assoluto *fin dal tempo della domanda di prenotazione.* Se come piacque a'que'giudici, la prenotazione non attribuisce un diritto reale se non quando vien confermata ed iscritta la seconda volta, qual differenza stabiliscono essi tra la prenotazione e l'iscrizione ordinaria? Se la prenotazione non avesse ad avere effetto reale che dopo la cognizione della causa, dopo molto spreco di tempo, dopo che il debitore e il pubblico ne è avvertito, dove mai si colloca l'utilità e la ragione specifica della prenotazione? Quella decisione sovverte tutto il sistema di simile provvidenza, la cui utilità essenziale pel creditore sta appunto in ciò, che si dice nel § 438, *affinchè nessuno lo prevenga.*

La legge del § 453 ha dunque stabilito che la semplice prenotazione prima della conferma o della seconda iscrizione attribuisce al creditore *un diritto condizionato di pegno.* L'apertura del concorso impedirà forse che la condizione si purifichi? Cos'è che può impedire? Può impedire tutti quegli atti arbitrarii del debitore e de'terzi, coi quali si deteriorasse la condizione degli altri creditori concorrenti. Questo è il senso del § 83 del Regolamento giudiziario. In che cosa consiste la condizione aggiunta alla prenotazione? Consiste nel giustificare il credito prenotato. E questo non è forse lecito durante un concorso? Non è forse dell'essenza d'ogni concorso giudiziale che ciascuno de' creditori concorrenti giustifichi la verità delle proprie pretese? Dunque la condizione aggiunta alle prenotazioni si può realizzare: anzi la giustificazione del credito è necessaria in tale occasione a qualunque creditore.

Se adunque si premette che la semplice prenotazione basta ad attribuire un diritto condizionato di pegno: se giustificato il credito per sentenza di giudice, esso diritto diventa operativo *ab initio:* se pendente il concorso i creditori tutti, non escluso il prenotante, possono giustificare la liquidità de' proprii crediti: l'avveramento della condizione non è solo nel campo della possibilità, ma ben anco del fatto.

« Questo diritto, soggiungeremo colle parole acconcie dell'avv. Manini, questo diritto, che si attua coll'iscrizione della prenotazione, non si scioglie se non quando manchi la verificazione della condizione riposta nella liquidità del credito. Ora quando la condizione si appura colla sentenza di liquidazione, comunque ottenuta, quindi eziandio in confronto del concorso dell'oberato debitore, l'estremo essenziale dalla legge richiesto rimane raggiunto, e nulla muta il modo col quale siasi dal creditore con-

seguito (1) ». Crediamo dunque di poter persistere nella nostra conclusione (2).

**3.** L'avv. Basevi sorse a difendere la novità di quel giudicato con quest'altro raziocinio: la prenotazione del § 453 del Codice civile attribuisce un diritto di pegno condizionato: ma per essa non si acquista quel diritto reale quando la condizione si verifichi dopo aperto il concorso. Invece d'un diritto acquistato altro non resterebbe che un tentativo fatto per acquistarlo, che saria pur esso abortito per la sopravenienza del concorso de' creditori; nessuno de' quali può avvantaggiarsi sopra gli altri dal giorno della pubblicazione dell'editto (3).

Non è difficile di rimarcare che tra il principio e la fine di un simile discorso non ci ha un'esatta deduzione; poichè egli deduce il nulla da qualche cosa che è: dal *diritto condizionato*, che è guarentito dal § 453 del Codice civile e si può dire acquistato al creditore prenotante, deduce *il tentativo fatto* per acquistarlo, *abortito* per la sopravenienza del concorso. Per venire a questa negazione dovea dimostrare come e perchè l'aprimento del concorso impedisse che verificatasi la materia ossia l'evento della condizione coll'essersi liquidato il credito, non si fosse con ciò stesso purificato quel diritto. Ed egli non poteva esentuarsi da questa dimostrazione, o dimenticarsi che all'aprimento del concorso il creditore prenotato non avea perduto il *suo diritto di pegno condizionato*: come non avria perduto qualunque altro diritto che gli competesse *ex causa de præterito*, ma eventuale ed incerto per l'attendimento di un fatto futuro ed incerto.

L'avvocato Turati imprese a propugnare la opinione contraria a quella di Basevi; ma in cambio di difendere la buona causa col riconvincere l'avversario della falsità de' suoi argomenti, gli si mosse di fronte con un'altro argomento non meno fallace. Basevi avea voluto dire: la condizione di cui parla il § 453 è *sospensiva*, e diceva bene; ma errava soggiungendo che un diritto alligato a siffatta condizione perisca, se tale condizione non si verifica prima di quella crisi. Turati di rimando opponea: che quella condizione non fosse sospensiva, ma risolutiva; quindi accettava l'errore dell'avversario professando che col verificarsi della condizione sospensiva *nasca* il diritto attribuito; nel mentre il da lui citato § 696 del Codice civile dice più propriamente che col suo adempimento *si rende efficace* il diritto *costituito*. Ma un diritto ad onta della condizione sospen-

(1) Giornale per le scienze politico legali vol. 2. pag. 241.

(2) Faremo però quest'avvertenza: che noi qui parliamo della prenotazione ipotecaria arrecata dal § 453 del Cod. civ. e non già della prenotazione cauzionale del § 384 del Regol. giud.; la quale, secondochè diremo nei §§ LVIII e LIX, è piuttosto *sequestro* che vero pegno: solo diventa pegno vero quando, dopo la sentenza di liquidità, diventa pegno giudiziale: ma apertosi il concorso, in pendenza di esso il sequestro non attribuisce prelazione fra i creditori dell'egual causa.

(3) Gazzetta de' Tribunali di Milano, 1851 num. 28. Giornale per le scienze polit. leg. tom. 2. pag. 537, n. 12.

siva è pur *costituito*: lo dice la legge, e l'avverte l'osservazione di simili atti. Se è costituito è nato, è acquistato, e per provare l'esistenza di un tal diritto non abbisognava ricorrere al rinvenimento d'una condizione risolutiva, che nel caso proposto non si riscontra, perchè (qui consiste l'eccesso della difesa del sig. Turati) il diritto di pegno attribuito dal § 453 del Codice civile non è perfetto, non è assoluto, non è compiuto, perchè è subordinato alla posteriore cognizione di causa. Ed è pur vero che questo diritto condizionato a modo sospensivo si risolve se non si verifica la condizione aggiunta. Ma ecchè percio? Non avviene lo stesso di tutte le condizioni sospensive e risolutive? Quale è dunque la differenza specifica tra queste sorta di condizioni? Ella consiste nell'essere fin d'ora *efficace* o no il diritto costituito. L'ipoteca prenotata prima della conferma del credito è inefficace, ma divien tale appieno quando il credito è giustificato.

Bastava dunque alla tesi che si dimostrasse che il diritto reale di prenotazione, comechè non confermato, comechè soggetto alla condizione sospensiva, fosse a sensi dei §§ 453 e 696 del Codice civile un diritto attribuito e costituito; e quindi, entro la sfera d'efficienza della condizione e subordinatamente al suo avvenimento, fosse in situazione giuridica di divenir efficace: e tal efficacia o perfezione del diritto dipendesse soltanto dall'avvenimento della condizione, e fosse indipendente da altre circostanze estrinseche ed estranee al soggetto della condizione.

Quando del resto, nel sistema del sig. Turati, si riduca il suo concetto del *risolversi della condizione* a quello più vero del *non verificarsi della condizione sospensiva*, noi accetteremo la restante sua difesa, dove avverte che la prenotazione, secondo la negativa opinione de' tribunali veneti e di Basevi, perderebbe il suo scopo; perchè il debitore pendente il giudizio di liquidazione potrebbe liberamente alienare lo stabile, e quand'anche non lo alienasse, la prenotazione (cioè l'annotamento) posteriore verrebbe ad identificarsi coll'ordinario oppignoramento esecutivo dell'immobile (1); che l'aprimento del concorso, anzichè impedire l'evento di quella condizione, lo facilita aprendo il campo al giudizio di liquidità. Ma ripudieremo l'opinione inseritavi, che la prenotazione perda la sua efficacia quando il prenotante lasciasse trascorrere il termine dei 14 giorni prescritti alla introduzione del giudizio di giustificazione; perchè superiormente dimostrammo (§ XLI num. 3) che quel termine non sia affatto perentorio, e che di conseguenza se si lascia trascorrere, a sensi del 514 del Regolamento giudiziale quel diritto non rimane perento (2).

Per la negativa della stessa quistione presero parola l'avv. Costi (3),

(1) Analisi dell'articolo del signor Gioachino Basevi: memoria dell'avv. Carlo Turati, § 1. E di nuovo il medesimo nel Giornale di giurispr. prat. di Venezia, an. 4. 1851. n. 26 propugna per lo stesso equivoco della condizione risolutiva.

(2) Id. succitata memoria § 2.

(3) Gazzetta de' Tribunali di Milano an. 2. 1852 p. 15.

l'avv. Giambattista Pagani in tre diversi articoli (1), ma con ragioni non migliori certo di quelle di Basevi.

E fin'anco dopo che la luce fu fatta nelle ultime e concordi decisioni de' tribunali, il signor avvocato Brandolese viene a riproporre e a sviluppare le stesse conclusioni di costoro (2) sull'erronea supposizione che la prenotazione non costituisca una valida ipoteca che in virtù del secondo annotamento, e siccome questo nel caso proposto non si può praticare che dopo aperto il concorso, così, come avverrebbe d'un'inscrizione ordinaria praticata in quel tempo, non sarebbe efficace, di alcun effetto. In questo secondo annotamento marginale pone l'adempimento del *modo* voluto dal § 451 per la realità dell'ipoteca: e soggiunge che, se si volesse considerare la prima iscrizione ossia la prenotazione come il vero e sufficiente modo, si incorrerebbe nell'assurdo legale che il modo possa precedere il titolo. E infine conclude che la stessa ragione logica dal sistema ipotecario, la quale basa sulla pubblicità, persuaderebbe che un diritto vincolato a successive dimostrazioni e avvenimenti non possa rendere edotti i terzi sullo stato dell'iscrizione, perchè questi non devono essere tenuti a indagare de' fatti che non risultano dai pubblici registri.

Ma rispondiamo: che colla prima iscrizione o prenotazione è soddisfatto a sufficienza al bisogno della pubblicità, in quanto che questa, come dimostreremo nel § XLVIII della seguente Parte II, esige un'iscrizione per avvertire i terzi, non già dell'assoluta verità del credito inscritto e dell'assoluta persistenza dell'ipoteca, ma unicamente per avvertirli del pericolo, nel quale incorrerebbero ignorando i pesi preesistenti dello stabile. Essi non hanno nè il diritto nè il dovere di credere all'assolutezza del diritto inscritto: essi non debbono farsi giudici senza cognizione di causa: l'inscrizione anche assoluta è necessaria come modo di cognizione della realità dell'ipoteca: ma non è la prova della ligittimità e assolutezza sua. Ai terzi basta d'essere avvertiti, non già convinti e capacitati della verità obbiettiva del diritto reale.

D'altronde l'annotamento in margine alla prenotazione non è ordinata dal presente § che per impedire al debitore di chiedere la cancellazione della prenotata altrui pretesa; perchè dicendosi che col secondo annotamento la prenotazione debba valutarsi come ogni altra inscrizione, ne viene che il debitore non possa più chiederne la cancellazione senza il consenso del creditore (§ LXXXIV.): solo prima di quel secondo annotamento può chiederla al giudice nel caso di cui diremo nel § vegnente: che cioè il creditore non avesse istituita la sua azione di giustificazione nel termine di giorni quattordici.

Quindi il secondo annotamento non è una formalità necessaria in ri-

(1) Giorn. per le scienze politico leg. tom. 2. pag. 61-69; Gazzetta de' Trib. di Milano an. 2 num. 20 Berrelta, Giorn. di giurispr. prat. an. 6, 1855. num. 6.

(2) Giorn. di Giurispr. prat. di Venezia anno 8. 1855, num. 41. pag. 216 e 220.

guardo ai terzi per completare l'ipoteca, ma è necessaria solo in riguardo al debitore. In rapporto ai terzi quell'annotamento non è necessario affatto, perchè la legge dichiara valida ed assoluta l'ipoteca prenotata solo e appena che sia giustificato il credito. Il § 453 non può patire alcuna quistione in proposito, ed è espressamente confermato in ciò dai §§ 1 e 10 della Notificazione 28 aprile 1824.

In questo senso giudicò il tribunale di Bergamo con sentenza 19 dicembre 1853, confermata in Appello il 1 marzo 1853 (1) nel caso proposto d'una prenotazione la cui inscrizione di conferma era stata fatta dopo la delibera esecutiva. I motivi della prima istanza non possono essere in questo riguardo più decisivi; poichè vi leggiamo: « ma apparve la pretesa (di priorità) destituita di legale fondamento, giacchè anche indipendentemente dalla considerazione che la legge 28 aprile 1824 non prescriva un termine per detto annotamento, questo poi non è *essenzialmente* richiesto per l'efficacia della prenotazione. Giusta i §§ 1, 13 e 14 di detta legge e gli ivi richiamati §§ 438, 439 e 453 del Codice civile la prenotazione del credito costituisce un diritto condizionato di pegno a favore del creditore, che si pone in attività con la iscrizione, e si perfeziona con l'ottenimento della liquidità del credito che formò soggetto della privilegiata assicurazione. Requisito essenziale adunque per la validità della prenotazione è la giustificazione del credito, da cui la prenotazione procede. Avverata questa condizione sia per sentenza, sia per giudiziale convenzione, l'effetto e la priorità della prenotazione si retrotraggono al giorno in cui venne inscritta. L'omissione dell'annotamento, siccome quella di formalità non essenziale, non può produrre la nullità dell'atto; giacchè non fu questa comminata dalla legge; la quale soltanto attribuisce al debitore il diritto di far cancellare la ottenuta prenotazione, ove il creditore non giustifichi la liquidità del credito prenotato. » In questi motivi concordava pienamente il tribunale d'appello.

Il sullodato avvocato disse essere un'assurdo legale che la prima iscrizione preceda il titolo. Ma qui si osserva che il titolo preesiste all'iscrizione, perchè senza il decreto del giudice che accorda la prenotazione non si può praticarla. Il credito da giustificarsi non costituisce per sè solo il titolo della prenotazione (1). E se l'avvocato udinese avesse voluto dire che è assurdo che l'ipoteca preceda il debito, rispondiamo che non si tratta di ciò; perchè per chiedere la prenotazione si addomanda un debito preesistente: solo è posteriore la sua giustificazione, la sua prova: ed in ciò consiste la ragione caratteristica della prenotazione, la quale soccorre al creditore anticipando sulle lentezze della procedura: *affinchè nessuno lo prevenga*, dice la legge (2).

(1) Gazzetta de' Tribunali di Milano, an. 4 1854, num. 43.

(2) Vedi § precedente, num. 2

4. La quistione fu definita dai posteriori giudicati, i quali adottarono la conclusione superiormente da noi proposta.

Fu praticata la prenotazione 16 aprile 1849. Colla petizione 21 aprile successivo si chiese il pagamento del credito prenotato e la purificazione della prenotazione. Poscia si aprì il concorso sui beni del debitore il giorno 1 dicembre 1849. Il creditore prenotato insinuava il suo credito pel capitale, accessorii, e per la liquidità dell'ottenuta prenotazione, e di conseguenza la collocazione nella classe seconda della graduatoria. La pretura di . . . . . colla sentenza 21 ottobre 1850, n. 9184, ammise la liquidità del credito e suoi accessorii, e respinse quella della prenotazione pel motivo che contemporaneamente alla pubblicazione del concorso non ci aveva una prenotazione assoluta.

Il tribunale d'Appello veneto colla decisione 17 giugno 1851 n. 2460 riformò quel giudicato in questo che facea in un apposita riserva di pronunciare della liquidità della prenotazione nella prossima classificazione.

La suprema Corte di giustizia con decisione 19 settembre 1851 n. 7803 ordinava all'Appello di pronunciarsi senza riserve: e colla sentenza 3 ottobre 1851, n. 14734, questo ammetteva la liquidità del diritto ipotecario, perchè, data la liquidità del credito, diceva seguirne di diritto la conferma della prenotazione: nulla importando che in pendenza della causa di giustificazione si sia aperto il concorso, perchè « l'apertura del concorso, sono sue precise parole, non toglie al creditore il diritto anteriormente acquistato dalla assicurazione, e la corrispondente condizionata inscrizione, presa a carico e sulla sostanza del debitore prima della pubblicazione del concorso, rimane col giudizio di liquidità purificata e valutabile in tutti i suoi effetti come ogni altra iscrizione fino dal giorno in cui venne presa. »

Questa bella decisione venne confermata dalla suprema Corte di giustizia con decisione 9 gennajo 1852. n. 118 (1).

Ecco un'altro caso che fu deciso dallo stesso Appello cogli uguali principii. Giovanni Piani ottenne ed iscrisse la prenotazione 12 aprile 1849 sui beni di Jacopo Aristo. Fu aperto il concorso sulla eredità di costui prima che Piani avesse prodotta la petizione giustificatrice. Insinuò il proprio credito, e fu liquidato colla sentenza 20 dicembre 1849. n. 6964; ma nella graduatoria fu escluso dalla classe de' creditori ipotecarj. Colla petizione di priorità 5 settembre 1851 chiese quella posizione. Gliela fu negata colla sentenza 21 maggio 1852 n. 2654, iscusandosi il giudice col dire che la prenotazione s'a un privilegio, e come tale si dovesse restringere: che il suo diritto fosse passibile di tale restrizione, perchè non fu mai assoluto nè al tempo dell'apertura del concorso, nè dopo, perchè diverso è il giudizio di giustificazione da quello d'insinuazione.

L'Appello riformava colla sentenza 24 agosto 1852 n. 10024, dicendo:

(1) Beretta, *Giorn. di giurisprud. prat. di Venezia* an. 3. 1852 n. 11. pag. 161.

« la condizione purificatrice della prenotazione essersi verificata colla sentenza che ammise la liquidità del credito prenotato ed insinuato nel concorso; la purificazione di essa doversi retrotrarre al giorno in cui fu inscritta la prenotazione; nei rapporti della pubblicità ipotecaria essere stato un sufficiente indizio la prima iscrizione ossia la prenotazione; per essa potere i terzi conoscere de' vincoli reali preesistenti sulla proprietà fondiaria del debitore; la legge non esiggere il secondo annotamento quale requisito essenziale alla retroattività della prenotazione. »

E la suprema Corte di giustizia e cassazione con decisione 7 gennajo 1853 n. 12064 sanzionava la seconda volta questa conclusione affermativa (1).

## § XLIII.

Se la parte che ha ottenuta la prenotazione non avrà instituita la sua azione nel modo sopra indicato, il giudice che l'ha accordata dovrà, a richiesta della parte contraria da presentarsi in triplo, ordinare la cancellazione della prenotazione facendo intimare uno degli esemplari dell' istanza a colui che ha ottenuta la prenotazione, e restituendo gli altri due alla parte contraria, la quale si presenterà all'ufficio delle ipoteche, e si procederà secondo le norme prescritte al § 9, (XXXVI). Nell'istesso modo si procederà alla cancellazione quando la parte che ha ottenuta la prenotazione rimane definitivamente soccombente nella causa instituita come sopra, mediante sentenza passata in giudicato.

§ 14 *Notificaz. govern.* 27 *e* 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. La cancellazione di una prenotazione non giustificata nel tempo debito non si pratica d' ufficio, ma per istanza di parte; però *ex primo decreto.*

**1.** Se il giudizio di liquidazione del credito non fu istituito in tempo utile, nè posteriormente, ovvero riuscì sfavorevole al prenotato, può il debitore chiedere che sia cancellata la prenotazione, come si è detto di sopra nel § XLI num. 3 (2). Il § 14 della Notificazione 28 aprile 1824 determina il come si debba spiegare questa istanza, e come debba essere

(1) Rcretta, *Giorn. di giurispr. pratica*, an. 6. 1853. num. 4. Gazzetta de' Trib. di Milano, an. 3. 1853. n. 34.

(2) Zeiller, *comento* al § 459, num. 4.

corredata, perchè la cancellazione abbia luogo. Il giudice concederà l'assenso a queslo senza sentire il creditore? Nippel opina che sia prudenza di farlo (1): ma io non credo affalto necessaria questa precauzione, perchè siccome il debilore deve adire quel giudice che ha concessa la prenotazione, e il creditore deve giuslificarsi presso il medesimo, questi dee ben sapere quale sia la vera posizione di fallo. E di vero fu giudicato che se la cancellazione può decretarsi da quel giudice che ha emanata la decisione in merito al credito, tale cancellazione non può eseguirsi senza dipendere dal giudice che ha accordata la prenotazione: decreto 17 marzo 1852 di prima istanza, confermalo in terza islanza con decisione 21 otlobre 1852. (2)

## § XLIV.

Nel caso di eseguita cancellazione di una prenotazione per non essersi presentato in tempo il libello di giustificazione, è in facoltà del creditore di chiedere una nuova prenotazione. Nel detto caso però non solamente rimane estinto il diritto condizionato di pegno e di priorità acquistato coll' anteriore prenotazione, ma resta eziandio in libertà del possessore dell' immobile e rispettivamente del credito ipotecario colpito dalla detta anteriore prenotazione, d' impetrare mediante provocazione del creditore il giudizio sulla sussistenza dell' asserito di lui credito, e di ovviare così alla domanda d' ogni prenotazione ulteriore.

§ 17 *Notif. gov.* 27 e 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. La prenotazione si può chiedere nuovamente, comunque fosse stata rifiutata altre volte dal giudice. Il debitore può rimediarvi col processo provocatorio.

**1.** Cancellata una volta la prenotazione per alcuna delle ricordate cause, la legge accorda la facoltà al credilore di riproporne la domanda; poichè egli conserva tuttavia la causa legale della prenotazione stessa, cioè l' azione personale del credilo. (3)

Ma in questo caso la legge accorda allresì al debitore la facoltà di im-

(1) Comento al Cod. civ § 459, num. 4.

(2) Beretta, *Giorn. di giurisprud. prat.* an. 6. 1853, n. 2.

(3) Decr. aul. 20 giugno 1818. Nippel, al § 459, n. 4. al § 453. n. 8. Cod. civ. aust. Ellinger, § 453. Cod. civ. aust.

pedire ad un creditore malizioso o a un sedicente creditore di riproporre più volte queste inefficaci domande.

Se la prenotazione fu cancellata per essersi sentenziato sull' insussistenza del credito prenotato, non ci può esser dubbio che accordata una seconda volta, il debitore possa la seconda volta chiederne la cancellazione. Egli può altresì impedire le nuove prenotazioni col provocare in giudizio il creditore a provare la sussistenza dell' asserito suo credito, e in difetto, come dice il § 61 del Regolamento giudiziario, di ridurlo al perpetuo silenzio in riguardo al medesimo (1).

## § XLV.

Per le prenotazioni e per le relative annotazioni o cancellazioni si pagano all'ufficio delle ipoteche le tasse prescritte per le ordinarie iscrizioni e per le relative annotazioni e cancellazioni, senza veruna differenza e nei modi prescritti.

§ 18 *Notif. gov.* 27 *e* 28 *aprile* 1824.

**SOMMARIO.**

1. Remissive al § XXIX.

**1.** Abbiamo veduto nel superiore § XXIX (ultimo del Capo III) chi è che deve anticipare le spese dell'iscrizione, e a chi spetti di sopportarle. Siccome anche questo § 18 della legge delle prenotazioni non introdurrebbe in proposito alcuna differenza tra l'inscrizione e la prenotazione, anzi le eguaglia perfettamente, perciò valgano qui le cose stabilite in quel luogo.

(1) Sudd. Decreto aulico 20 giugno 1818. Nippel ed Ellinger al § 455 del Cod. civile. Amati al § 61. Reg. giod. Giordani al suddetto § 61.

FINE DELLA PARTE PRIMA E DEL PRIMO VOLUME.